Archiv für bürgerliches Recht

Josef Kohler, Viktor Ring, Paul Ernst Wilhelm ...

Jam 18

2

Archiv
für
Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Kammergerichtsrat in Berlin.

Dr. P. Oertmann,
ord. Professor an der Universität Erlangen.

Dreiundzwanzigster Band.
23

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1904.

Verlags-Archiv 3726.

Inhalt.

Register zum 23. Band.

1.

Kumpanie und Sendeve.

Ein Beitrag zur Geschichte der Handelsgesellschaften in Deutschland.

Von Landgerichtsrat Dr. Silberschmidt in Aschaffenburg.

§ 1. Einleitung.

In den letzten Jahren ist die Geschichte des deutschen Gesellschaftsrechts durch Erschließung neuer Quellen erheblich bereichert worden, und insbesondere die Zeit des 14. Jahrhunderts ist durch die Veröffentlichung von Urkunden und Handelsbüchern für das Gesellschaftsrecht mehr als bisher erschlossen worden. Ich verweise hier besonders auf Johann Tölners Handlungsbuch von 1345—1350, herausgegeben von Karl Koppmann, Rostock 1885, auf die Publikation von Dr. Paul Rehme über die Lübecker Handelsgesellschaften in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts (mit Anlagen) in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 1899 S. 366—410, Das Handlungsbuch Vickos von Geldersen, bearbeitet von Dr. Hans Nirrnheim, Hamburg und Leipzig 1895, und auf das Handlungsbuch von Hermann und Johann Wittenborg, herausgegeben von Dr. Carl Mollwo, Leipzig 1901, vor allem auch auf Schultes Geschichte des mittelalterlichen Handels und Verkehrs.

Damit ist nun hinreichend Material gewonnen, um, insbesondere unter Vergleichung mit dem sonst noch bekannten, die Anfänge des Gesellschaftswesens auch in den germanischen Ländern im ganzen darzustellen.

Für die romanischen hatte ich in meiner Schrift „Die Commenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum XIII. Jahrhundert, mit einem Vorwort von Professor Dr. L. Goldschmidt, Geh. Justizrat", Würzburg 1884, ausgehend von der Konzentration der Kapitalien und Rechte

im Mittelalter und von der damaligen Organisation von Schiffahrt und Handel, folgende Entwicklung nachgewiesen. Die Notwendigkeit der persönlichen Begleitung der Waren und die Unmöglichkeit, daß der Kaufmann so mit jeder Ware sich in die Fremde begäbe, oft nach verschiedenen Orten zu gleicher Zeit, veranlaßten, zuerst im Seeverkehr, die Waren andern Leuten, wohl zuerst Verwandten, anzuvertrauen, damit diese dann den Absatz am Bestimmungsort betätigen und eventuell dort für den Erlös andere Ware einkaufen konnten.

Dieses Anvertrauen von Waren hatte bald auch das Anvertrauen von Geld als Ware und auch als Zahlungsmittel zur Folge. Die Bezeichnung für solche ganz oder teilweise mit fremdem Kapital an fremdem Orte zu machenden Geschäfte war (Nachweise a. a. O. S. 71): portare laboratum, ire, proficisci, vadere laboratum, ire negotiatum, portare, in tassegio portare, laboratum mittere (vgl. Genues. Urk. und Liber jur. z. B. I 49), auch nur mittere (Mon. hist. patr. Chartarum vol. II No. 506, 508), ad proficuum mittere et portare (Statuten v. Pera c. 108 und 120, von Nizza c. 37—39 ꝛc.), committere etc.

Dieses portare laboratum erfolgte nun in 3 Hauptformen:

1. Gegen festen, meist in der Währung des Bestimmungsorts ausgedrückten Lohn.

2. Als eigentliche Commenda, wobei der Empfänger eine Quote (meist ein Viertel) des von ihm erzielten Gewinns als Entschädigung erhielt.

3. Als societas maris, später dann auch societas terrae, wobei auch der Empfänger Kapital einlegte, so daß ein Gesellschaftsvermögen entstand, mit welchem er Handelsgeschäfte abschloß und wobei Gewinn und Verlust nach dem vereinbarten, meist der Kapitalbeteiligung entsprechenden Verhältnis am Schlusse geteilt wurden.

Dieser Unterscheidung hat sich Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter 1889, insbesondere S. 19, 22 f., 30, angeschlossen, und Goldschmidt hat sie in seiner Universalgeschichte des Handelsrechts 1891 S. 254—269, insbesondere Anm. 88 a gebilligt. Vgl. auch Schmoller in seinem Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 1893 S. 381 f.

Was das Deutsche Recht anlangt, so war man zunächst auf die erste Hauptform aufmerksam geworden, welche geeignet war, die Dienste

des jetzigen Kommissionsgeschäfts zu leisten. Lepa hatte in seinem Aufsatze: „Über den Ursprung des Kommissionshandels“ in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 1881 S. 438f. die Commenda als die Kommission des mittelalterlichen Seehandels bezeichnet (a. a. O. S. 453, vgl. schon Holtius, Abhandl. übers. v. Sutro S. 234f.), war dann auf den Faktoreihandel der Hansa übergegangen und hatte die Bestimmung der Skra v. Nowgorod, daß kein deutscher Kaufmann russisches, welsches, vlämisches oder englisches Gut „in kumpanie“ oder „to sendeve“ führen dürfe, unter Bezugnahme auf Sartorius und Riesenkampff dahin ausgelegt, daß darunter nur kommissionsweise Besorgung von Einkauf und Verkauf verstanden werden könne (a. a. O. S. 464 und Anm. 129). „Über das Kommissionsgeschäft im Hansagebiet“ handelte dann die Berliner Dissertation von Levin im Jahre 1887. Sie wies nach, daß die von mir als commenda und societas unterschiedenen Formen (oben Nr. 2 und 3) sich auch im Hansagebiet finden (a. a. O. S. 1 und 33), erkannte aber für dieses Gebiet den Nachweis nicht als erbracht an, daß die Kommission als ein Produkt der Accommenda anzusehen sei (a. a. O. S. 10), und bestritt insbesondere, daß nachweisbar der durch Sendeve Verpflichtete gesellschaftsmäßig berechtigt gewesen sei (a. a. O. S. 30f., 38). Dagegen stellte Rehme (a. a. O. S. 372) den Satz auf: „Auch die Sendeve ist eine Gesellschaft; zwar wird kumpanie, societas auf sie nicht angewendet, indeß waren dies ja technische Bezeichnungen einer andern Assoziationsform.“ Rehme sieht daher in der sendeve meine Hauptform 2, die commenda, in der wedderleginge meine Hauptform 3, die societas, und endlich glaubt er in den lübischen Quellen eine weitere Form gefunden zu haben, in der beide mit Kapital beteiligte Gesellschafter persönlich oder durch Angestellte den Handelsbetrieb ausüben: es soll das die offene Handelsgesellschaft des späteren Rechts sein. Das ungefähr gleichzeitig mit meiner Commenda erschienene Buch von Dr. Friedr. Gust. Ad. Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters, 1883, kennt die societas als Abart der commenda überhaupt nicht und behandelt in einem Exkurs über accomenda und stille Gesellschaft sendeve und wedderleghinghe als identische Ausdrücke der deutschen Quellen für die commenda, während Verf. in weitem Umfange auch Quellenstellen, die auf die Widerlegung Bezug haben, für die offene Handelsgesellschaft heranzieht (vgl. besonders S. 88—93).

Mollwo (a. a. O. S. 50) bezweifelt nicht die von Rehme im lübischen Rechte gefundene Form der offenen Handelsgesellschaft, erklärt aber, daß und warum wohl sie im Wittenborgschen Handlungsbuche nicht vorkomme. Er behandelt dann die wedderlegginge oder societas vora im Sinne der obigen Hauptform 3, scheidet von ihr aber als societas schlechthin (S. 53) diejenige Form, bei welcher der eine Teilhaber nur seine Arbeit einlegte, während beide Gewinn und Verlust gesellschaftsmäßig trugen. Diese societas ist selbstverständlich wieder verschieden von der durch Rehme gefundenen, auch societas quaedam genannten. Bezüglich der sendeve aber kommt Mollwo zum Ergebnis: sie ist keine Gesellschaft (a. a. O. S. 56). Der missus handelt nach außen im eignen Namen für fremde Rechnung, nach innen ist er Handlungsbevollmächtigter mit Prokura (a. a. O. S. 62).

Diesen verschiedenen, zum Teil unter sich wieder abweichenden Ansichten gegenüber möchte ich im folgenden dartun, daß die für die romanischen Gebiete gefundenen 3 Hauptformen des portare laboratum auch im germanischen Rechtskreise sich wiederfinden, daß sie aber auch zur Erklärung der Quellen völlig ausreichen und daß insbesondere die spätere „offene Handelsgesellschaft“ mit diesen Fragen direkt nicht im Zusammenhange steht.

§ 2. Romanische und germanische Handelsbeziehungen.

Kohler hat in seiner 1885 erschienenen Schrift „Die Commenda im islamitischen Recht“ darauf hingewiesen, daß die Commenda sich nicht erst in den italienischen Handelsstädten entwickelt hat, daß sie bereits viel früher bei den Arabern und zwar schon zu den Zeiten des Propheten in Übung war (a. a. O. S. 1). Kohler entscheidet die Frage nicht, ob die Commenda überhaupt im heimischen Rechte keine Keime gehabt hätte, erachtet aber (S. 5) für sicher, daß das islamitische Institut ganz hervorragend zur Entwicklung der occidentalen commenda beigetragen hat. In ähnlicher Weise hat Pappenheim in seiner 1889 in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 36 S. 85 f. erschienenen Abhandlung über „Altnordische Handelsgesellschaften“ dargetan, daß in den skandinavischen Gegenden in sehr früher Zeit die Hauptformen 2 und 3, Commenda und societas maris, und daneben eine weitere Form handelsgesellschaftlicher Verbindung, bei welcher die Gesellschafter „aus einem Beutel zahlen und ihren

Fuß auf ein Schiff setzen", bestanden haben. Die Form der Commenda hält Pappenheim für nicht einheimisch, vielmehr von außen eingeführt (S. 111), im übrigen nimmt er an, daß zu der Zeit, für welche ich die ersten „noch vereinzelten Spuren" der italienischen Commenda nachgewiesen hätte, der skandinavische Norden bereits „eine eigene, selbständiger Wurzel entsprossene Form für die rechtliche Ordnung der mit gemeinsamem Vermögen Handel treibenden besaß". (S. 108.)

Rehme hat a. a. O. (S. 378 und Anm. 40 und 41), wie schon früher, die Behauptung, daß die Hauptformen 2 und 3 in Deutschland fremden Ursprungs seien, zurückgewiesen und erklärt, daß sie zu den universalen Rechtsinstituten gehören, bei denen an Rechtsentlehnungen nicht zu denken ist; auch Levin hatte, wie wir sahen, verneint, daß die hansischen Verhältnisse sich als Produkt der Commenda darstellen.

Ob die romanische Commenda ohne den islamitischen Einfluß und ob die germanischen und nordischen Gesellschaftsformen ebenfalls selbständig zur Entstehung gelangt sind, das nachzuweisen ist insolange unmöglich, als wir nicht sicher wissen, bis in welche Zeit die Entstehung der romanischen Commenda zurückgeht (im Jahre 976 finden wir sie bereits als Kapitalanlage in einer formelhaften Quittung erwähnt, ihre Entwicklung also schon ganz abgeschlossen)[1]) und solange man nicht die Gestaltung in dem einen Lande vollständig unabhängig von fremdem Einfluß erweisen und darstellen kann, ähnlich der „Reinkultur" des Naturforschers. Aber die Frage scheint mir auch eine erhebliche praktische Bedeutung zur Zeit nicht zu besitzen.

Denn in der Zeit, in welcher wir die romanischen, germanischen und nordischen Formen jetzt nachweisen können, besteht der gegenseitige Verkehr und damit der wechselseitige Einfluß.

Was nun speziell das Verhältnis der deutschen zu den romanischen Formen betrifft, so war eine parallele Entwicklung veranlaßt nicht nur

[1]) Auch die neueste Untersuchung über die Commenda in Venedig von Arcangeli, La commenda à Venezia specialmente nel secolo XIV in der Rivista italiana per le scienze giuridiche 1902 vol. 33 p. 107f. erklärt noch, eine ältere Urkunde als die obige nicht zu kennen und enthält auch sonst für diese älteste Zeit kein weiteres Material, so wertvolle Aufschlüsse sie für das 14. Jahrhundert bietet.

I. durch die ständige direkte und indirekte Handelsverbindun zwischen Nord- und Süd-Deutschland mit Italien, sondern auch

II. durch die Gleichheit der für die Ausbildung der Comment in Betracht kommenden volkswirtschaftlichen Verhältnisse.

Zu I. sei nur beispielsweise erinnert an die Vorschrift für d Vicedomini des Deutschen Hauses in Venedig vom 30. April 126 (Mone, Zeitschrift f. d. Gesch. des Oberrheins Bd. 5 S. 8 f): et aliquis mercator portaverit aliquid in credentia (Mone übersetz Kommission), quod vicedomini teneantur inquirere veritatem e non possit etiam aliquis mercator ponere aliquam rem in deposit in Venecias, nisi fecerit ante scribi in quaterno (Journal) vice domini, sowie an diejenige vom 14. November 1277 (a. a. O. S. 11) et quod aliquis Venetus non possit nec debeat accipere ab aliqu Theotonico denarios ad mutuum nec in commendaria extra districtum Veneciarum. (Commendaria = depositum vgl. mein Commenda S. 75, Arcangeli p. 122; zu „credentia" vgl. aus der Constitutum usus von Pisa (ed. Bonaini) c. XXII: excipimu praestantias de mari quas marinarii inter se facere consueverun et credentias quas socii tractatores facere consueverunt.) So trifft schon im 13. Jahrhundert deutsche und italienische Commenda auf einander. Auch der Name commenda ist im 13. Jahrhunder schon nach Norden eingedrungen. Wenn Rehme (a. a. O. S. 37 Anm. 21) noch zweifelnd auf einen Eintrag von 1290 im Lüb Urkb. Bd. 2 Nr. 78 verweist: Commentatori dabimus 300 marcas so hat schon Levin a. a. O. S. 46 Anm. 148, allerdings ohne au den Zusammenhang hinzuweisen, das Parchimer Stadtrecht aus der 1. Hälfte des 13. Jahrh. zitiert: Item quicumque civis accomodaverit[2]) bona sua qualiacumque alicui extra civitatem (zu dem Wort accomodare vgl. meine Commenda S. 93 und 94, wonach accomodatio und accomodare mit accomendatio und accomendare identisch ist). Damit vergleiche man die Bestimmung des Medebacher Rechts: Qui pecuniam suam dat alicui concivi suo, ut inde negocietur in Dacia vel Rucia vel in alia regione, ad utilitatem utrius-

[2]) Vita S. Jvrettae, († 1228 in Belgien) in Acta Sanct. XIII. Jan p. 868 c. 9: pecunia publicis negotianionibus accomodaretur, ut supercrescentis lucri negotiantium particeps esset, sicut multi et honesti idem facere consueverunt und Neumann, Gesch. des Wuchers S. 422.

que assumere debet concives suos fideles pp. (Das Komma dürfte erst nach utriusque zu setzen sein, entgegen der üblichen Lesung, da das negotiare ad utilitatem utriusque technische Bezeichnung ist, vgl. S. 32 f. unten.)

Am 22. Mai 1402 schrieb der Stadtrat von Avignon an die Stadt Konstanz wegen $43\frac{1}{2}$ libr. sirici crudi et in uno chipelleto perlarum grossarum et una bursa perlarum finarum, dem Johann Seyler von dort in commendam traditarum, prout solitum est fieri inter mercatores (Schulte, Gesch. des mittelalterl. Handels und Verkehrs usw. Bd. 2 S. 216). Über hansisch-venetianische Handelsgesellschaften vgl. auch Wilh. Stieda, Hansisch-venetian. Handelsbeziehungen im 15. Jahrhundert, Halle 1894 S. 37—117 (besonders S. 158 u. 37 Quittung vom 6. Januar 1437 über alle Schulden zu Venedig von „wedderlecginge, seltschop, rekenschoppen, copenschoppen.“

Goldschmidt (Vermischte Schriften Bd. 2 S. 42 f.) nimmt sogar eine förmliche Rezeption des romanischen Handelsrechts durch das nördliche und östliche Europa an, wobei allerdings der fondaco in Venedig die Kenntnis des italienischen Handelsgebrauchs wesentlich vermittelt habe. Wären nun

II. die wirtschaftlichen Verhältnisse hier und dort wesentlich verschieden gewesen, so würde immerhin eine abweichende Entwicklung eingetreten sein. Dies war aber nicht der Fall. Die Grundursache liegt in der kleinen Zahl der Vollberechtigten und in der durch das Zinsverbot noch vergrößerten Erschwerung der Kapitalsnutzung — in Deutschland wie in den romanischen Ländern. In diesem Zusammenhang hatte ich (a. a. O. S. 21/22) auf den in der damaligen Landwirtschaft aus denselben Gründen, welche zur Entstehung der Commenda führten, blühenden Viehverstellungsvertrag (socida auch gleich societas, später auch direkt commenda genannt) hingewiesen, Kohler (a. a. O. S. 17) hat die gleiche Analogie für das islamitische Recht gezeigt und Wagner hat im Handbuch des Seerechts 1884 Bd. 1 S. 10 Anm. 12 erklärt, daß die Rolle, die in den seerechtlichen Statuten der Commenda zukommt, in den binnenländischen z. B. dem Mailändischen lib. consuet. die socida spielt. Vgl. auch Goldschmidt, Universalgeschichte S. 258 Anm. 83.

Da ist es nun gewiß bezeichnend, wenn wir auch in Deutschland den gleichen Vertrag häufig antreffen.

Johann Wittenborg trägt (Mollwo S. 38) in sein Buch ein:

246. Hinse van Cerben, dese wonet to deme Bom, de hevet van miner wegene 4 melkekooge (Melkkühe) unde 14 melke scap, de ic kofte van Hinsen unde 18 scap, melk unde botelinge (Hämmel) unde 8 lamere unde 1 sterken. Nu sande ic eme 9 scap, 6 lammer unde 1 ko.

247. De man, dese wonet to Wiczel, de hevet 8 unde 6 scap unde 24 lammere.

248. Hinse van Serben, . . de heft van miner wegene 4 melkekogge, de scal he holden umme de melk unde senden mi de boteren; wat dar af kummt van kalveren, dat is half unde half unde oc so hebe ic eme dan 16 melkescap, de kosteten to 4 s, dar in hevet he nicht integen dan, de scal he holden to halven, wat dar af kummt; unde dat dridden del, dat scal he bitalen mi, alse en recht ist. (Um das Jahr 1357.)

Wenn Hermann Wittenborg schon früher (I 17, 18 vgl. mit I 4) aus einer Gesellschaft mit seinem Onkel Kopekin Hoykendorp contra recepit de lana et de ovibus quod mihi adhuc obligatur in 8 m. d. lub., so scheint ein ähnliches Verhältnis vorzuliegen. Schmidt (a. a. O. S. 17) erwähnt den Sozietätshandel mit Vieh, besonders nach Wien.

Pauli hat in seinen Lübeckischen Zuständen Bd. 1 1847 Nr. 102 n der Urkunden einen Viehverstellungsvertrag vom Jahre 1330 unter die Rubrik für Handelsgesellschaften, wohl zu Unrecht an dieser Stelle, aufgenommen. Hudecope und Swinekule übergeben dem Bäcker Holtorp 24 Schweine zur Mästung auf nächsten Michaeli; dann soll der Erlös zwischen beiden Teilen geteilt werden. Rehme druckt die Urkunde als Nr. 39 ebenfalls ab und führt (S. 383) an, daß sie die einzige Eintragung enthalte, in welcher statt Geld Waren eingelegt seien. Er erklärt dies damit, daß von vornherein auf günstigen Verkauf spekuliert werde; tatsächlich aber liegt hier eine von den übrigen Sozietätsurkunden ganz verschiedene Vereinbarung, die allerdings wirtschaftlich verwandt und juristisch ähnlich gekleidet ist, vor. Vgl. auch Pauli a. a. O. Nr. 104 über eine Handelsgesellschaft, die neben Anderem Falken nach Alexandria exportiert.

§ 3. Einfluß des Seerechts.

Entscheidend sind auch in Deutschland die Verhältnisse des Großhandels, vor allem des Seehandels. Wie die romanische Commenda zunächst ein Kontrakt des Seerechts ist (vgl. societas maris), so auch die nordische, und es ist kein Zufall, daß wir von ihr am meisten aus dem hansischen Gebiet erfahren. Aus den zahlreichen Urkunden nur wenige herausgegriffene Belege für den Seerechtscharakter! Rehme Urk. Nr. 22: Dem X gibt Y 20 marcas denariorum ducendas versus mare (1319). Wittenborg erhält 1358 das Versprechen, daß seine Sachen von einem Anderen in sendeve mitgenommen werden, want he doch ut tut to der see (II 232). Die Bestimmungsorte: Brügge, Flandern, Reval, Rußland, Schonen usw. ergeben das gleiche Resultat. Interessant sind in dieser Beziehung die Mitteilungen Pappenheims, weil sie bei dem verhältnismäßig hohen Alter der Quellenerzeugnisse den seerechtlichen Charakter noch viel klarer erkennen lassen. Schon das auf der 1. Seite (S. 85) mitgeteilte Verbot Hakon des Alten (1217—1263), daß Niemand auf Kauffahrten zur See fahre, der weniger Vermögen hat als 3 Mark, enthält den merkwürdigen Beisatz: „Die Schiffsführer aber, die Männer mit weniger Gut, als eben bestimmt ist, auf ihr Schiff nehmen, sollen dann 6 Unzen für jeden von denen zahlen, der Gütergemeinschaft mit ihnen schließt.“ Pappenheim S. 87 glaubt die Strafandrohung als gegen denjenigen gerichtet, der mit dem vom Schiffer Aufgenommenen eine Gütergemeinschaft schließt. Schon nach dem Wortlaut heißt es aber doch, daß die Schiffer für den zahlen müssen, der mit ihnen Gütergemeinschaft schließt. Nun denke man an die für die Entstehungsgeschichte der commenda in Italien so wichtige colonna, „die Rechtsgenossenschaft sämtlicher Interessenten einer Seereise“ — Goldschmidt, Universalgeschichte S. 271 und Anm. 128 mit Zitaten —, an die Gesellschaft zwischen Schiffer und Befrachter des pseudorhodischen Seerechts — Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 35 S. 79 ff. — und des amalfitanischen Rechtes — meine Commenda S. 26—28 — und überhaupt an das Institut der Schiffscommenda, welches für den Norden ebenso beglaubigt ist, wie wir es in den deutschen Quellen finden. Ein Ausfluß dieser Gemeinschaft im nordischen Recht ist es, wenn, falls ein Mann auf einem Schiffe stirbt, seine Erbschaft dem Schiffer, wenn aber sein Gutsgemeinschafter an Bord ist, diesem aus-

gehändigt wird,[3]) wofern der Erbe sich in 3 Wintern nicht einstellt. Pappenheim a. a. O. S. 102. Vgl. auch Rehme, Die geschichtliche Entwicklung der Haftung des Reeders, Stuttgart 1891 S. 64f., und Rocco, Le limitazioni alla responsibilitá degli armatori im Archivio giurid. vol. LIX p. 99.

Hiernach wäre anzunehmen, daß der Mann, welcher mit Gut auf das Schiff zu Kauffahrteizwecken ging, eben überhaupt mit dem Schiffer in früher Zeit Fèlag abzuschließen hatte und daß deshalb mit Recht die Buße von dem Schiffer gefordert ward. Dem steht nicht entgegen, sondern es stimmt mit der geschichtlichen Entwicklung überein, wenn im späteren Recht (vgl. Pappenheim a. a. O. S. 87) die Buße von demjenigen verlangt wird, der mit dem unvermögenden Mann Fèlag schließt und wenn von den Schiffern eine herabgesetzte Buße auch dann verlangt wird, wenn sie selbst an dem Fèlag keinen Anteil haben. Der letztere Satz weist deutlich darauf hin, daß sie früher Anteil hatten, während inzwischen die Gemeinschaft zwischen Kapitalisten und Reisenden schlechthin sich entwickelt hatte. Gerade das Verbot mußte ja dahin führen, daß Kauffahrer und Kapitalisten sich in Beziehung setzten (Pappenheim a. a. O. S. 86 Anm. 5).

Im übrigen ergibt sich der seerechtliche Charakter der nordischen Handelsgesellschaften aus einer Reihe weiterer Angaben von Pappenheim: aus dem Gute dürfen Fracht, Einladungs- und Löschungskosten bezahlt werden (a. a. O. S. 89), die eine Form bezieht sich überhaupt nur auf gemeinschaftliche Schiffahrt (S. 90f.), die Beispiele S. 100 und 104ff. weisen darauf hin, die älteste Erwähnung, die sich auf Vorgänge um das Jahr 900 bezieht, spricht bezeichnenderweise von der Gütergemeinschaft durch Einräumung der Hälfte des Schiffes (S. 108). Bei der Auflösung einer solchen Gemeinschaft wird mehrfach bemerkt, daß der Eine das Schiff, der Andere die Fahrhabe ganz oder zum Teil haben sollte (S. 111).

Aber auch in den hansischen Quellen findet sich die Schiffsgesellschaft in ständiger Übung, wofür ich zunächst auf die Zitate bei Schmidt a. a. O. S. 19 verweise. Eine Gesellschaft entsteht ja schon durch das Institut der Schiffsparten. Vicko v. Geldersen kaufte am

[3]) Für 1299: bona que secum haberet . . ad ipsios socios. Schulte Bd. 2 S. 3.

24. Juni 1385 ein Schiff mit Johans Berskamp also, daß er daran $^1/_4$ hatte, dafür hat er 52 ℳ 1 Schilling bezahlt. (Nirrnheim I 617 S. 99.) Vicko, Heyne Crovel und Helmich von der Heyde haben am 2. April 1374 eine „compenyge“ gemacht mit Swartekope, einem Schiffer, der 1379 in einer englischen Urkunde als Kapitän des Hamburgischen Schiffes La Christoffre erscheint (Nirrnheim S. 93 Anm. 2). Der Schiffer soll ein Schiff kaufen und daran soll jeder, also auch Swartekope, $^1/_4$ besitzen. Jeder der Viere hat dazu 75 ℳ hergegeben, zusammen 300 (Nirrnheim I 711 S. 109). Die Gesellschafter kaufen nun für das Schiff, das Schwarzkopf führen soll, Taue 2c. (I 709 u. 711), Vicko und Heyne Crovel geben jeder 31 ℳ 4 Schilling aus, die nach Preußen nachgesendet werden. 1375 kauft Schwarzkopf in Flandern 5 Pfund Gr., die Vicko bezahlt, ebenso wird die Schuld für einen in England gekauften Anker beglichen. Dagegen empfing dann Vicko 10 talenta und 5 Schilling, und ebensoviel empfing ein jedes Viertel, und zwar von den 10 Pfund Gr., die Schwarzkopf am 25. Juli 1376 bei Albert Luneborgh (einem Gesellschafter des Vicko) in Flandern ließ, weiteres Geld von den 37 Nobeln, die er zu Danzig stehen ließ 2c. (I 711).

Am 3. Mai 1377, notiert Vicko, kauften wir in Zwijn, Hafen von Brügge, Heinrich Schwarzkopf einen Holk (großes Seeschiff). Ich hatte daran $^1/_4$, welcher 25 ℔ Gr. kostete im Ankauf und auszurüsten 6 ℔ Gr. Von den $^3/_4$ wird alsbald $^1/_8$ wegverkauft und der Erlös, wie auch später die Einnahmen, unter die Gesellschafter verteilt, je auf den del (I 698).

1379 wird ein Kogge (kleineres Seeschiff) von Vicko, Lüdeke Hanstede und Steffen Wülbrandes gebaut, letzterer führt ihn, Vicko hat $^1/_3$, das 200 ℳ mit allem Ungeld gekostet hat. Unter den weiteren Ausgaben erscheinen 10 ℳ, die dem Schiffer nach Schonen gesandt wurden (I 612).

1390 hat Vicko $^1/_8$ inne von dem Schiff, das Burmester gefahren hatte und nun Tyteke v. Hespyngen fährt. Der 8. Teil kostete 60 ℳ (I 623 u. II 62). Am Schiff, das Tyteke v. Hespyngen gefahren hatte und das nun Cort Strote fährt, besaß Vicko $^1/_{16}$. 1390 wurde das Schiff Strote überliefert, und Vicko gab ihm 2 ℳ zur Ausrüstung (I 622 und II 61). Vgl. auch II 64 und I 615.

So erhält man aus den Aufzeichnungen Vickos von Geldern ein deutliches Bild von der seerechtlichen cumpenige; hier ist es immer noch der Schiffer, der im fremden Lande die Geschäfte der Gesellschaft, an welcher er selbst beteiligt ist, führt.

Zu demselben Ergebnis gelangt man nach den von Sattler — Leipzig 1887 — herausgegebenen Handelsrechnungen des deutschen Ordens. Hier ist im Rechnungsbuch der Großschäfferei Marienburg von 1410—1418 zunächst ausdrücklich von „der Gesellschaft des Schiffes, das Johann von Jugern führte" die Rede (a. a. O. S. 52).

Daß dabei der Schiffer auch nach außen als Vertreter der Gesellschaft auftritt, ergibt sich aus den Feststellungen: Dies kauften wir mit den andern von Trindekoppis Schiffe von seiner Gesellschaft (S. 104), von Trindekoppis Schiffe von seiner Gesellschaft (S. 116), wobei allerdings der Käufer selbst ein Vierteil besitzt und mit dem 4. Teile des von ihm gezahlten Kaufpreises ebenso erkannt wird, wie später, wo (S. 116) der Holk, den Trindekopp führte, auch seiner Gesellschaft abgekauft wird. Nach dem Tode Trindekopps führte dessen Schiff ein Anderer. Den arrestierte der Baillivus von Sluys in Flandern, weil Trindekopp noch 8 Nobeln schuldig war, die dann der andere Schiffer zahlte und die Gesellschaft ersetzte (S. 117). Umgekehrt wird sie berechtigt, wenn die gemeinen Vögte von Schonen das Schiff des Trindekopp als „vredeschiff" ausrichten, für den Betrag, den der Schiffer von der Reise rechnet (S. 203). Hierher gehört auch die Gesellschaft bei Höhlbaum, Hans. Urkb. Bd. 2 S. 587, wo der Schiffer und Schiffsbesitzer mit dem Verfrachter eine Gesellschaft schließt und dabei die Hälfte des Frachtgutes kauft, aber „in communem omnium nostrum dampnum et lucrum."

Die Schiffsparten nehmen in den Rechnungen des deutschen Ordens einen breiten Raum ein. Dabei wird die Schiffsart (Kogge, Kreyer, Holk ꝛc.) angegeben, die Zahl der Lasten, Kapitän, Erwerbspreis, Zahl der Parten, Wert und die Zeit des „Ausgangs" des Schiffes. Manche gehören dem Großschäffer ganz (S. 9^{17}, 9^{25}, 96^{25}), an anderen besitzt er Parten z. B. $^{3}/_{8}$ (S. 9, 293), $^{1}/_{4}$ (S. 10^{17}, 11^{17}, $62^{24\ 27}$, 63), $^{1}/_{2}$ (S. 9), $^{1}/_{8}$ (S. 61^{13}, 30^{34}, 64), $^{1}/_{2}$ Viertel und $^{1}/_{2}$ Achtel (S. 119^{17}), $1\,^{1}/_{2}$ Achtel (S. 293) ꝛc.

Oft ist neben dem Großschäffer nur noch der Schiffer mit einer Part beteiligt (S. 9^{12}, 9^{20}, 62^{17}), hierbei sind wieder die romanischen

Analogien zu vergleichen: hier wie dort erhoffte man von der Beteiligung ein regeres Interesse des Schiffers, abgesehen von den schon berührten geschichtlichen Verhältnissen. Die Schiffsparten sind reale Teile des Schiffes, werden ausgerüstet (S. 115[35], 473[11], 483[4]) und vermietet (S. 52[25], 65[12], 84, 453, 458[1], 463[34], 466[16]) oder mit eigenem Gut befrachtet (S. 96[22], 266[1]) oder teils vermietet und teils selbst verladen (S. 265[19, 22]).

Das Gemeinschaftsverhältnis ersieht man am besten aus einer Schadensberechnung für einen durch die Engländer weggenommenen Holk (S. 9 und 95): Der Großschäffer besaß daran $^{3}/_{8}$, der Schiffer $^{1}/_{8}$, jedes Achtel ist 100 ƒ wert. Beladen war der Holk für Lissabon mit Salz, der Schiffer hatte 18 Flämische Hundert Salz und sollte vom Hundert 7 ℔ gr. Fracht erhalten, der Großschäffer hatte 10 Bote Weins geladen, für welche 16, im Ganzen 131 ℔ gr. Frachtverlust gerechnet werden. Salz und Wein gehörten zur Hälfte = 125 ℔ gr. Wert dem Großschäffer. „So ist die Summe von unserm Teile und des Schiffsherrns und von unserm Teile des Guts 1300 Nobeln, hiervon hat der Schiffherr 300 Nobeln.“

Wie aus der Schiffsgesellschaft Bildungen erwuchsen, die zur Aktiengesellschaft führten, vgl. Ehrenberg, Zeitalter d. Fugger Bd. 2 S. 325 ff.

§ 4. Die Verbringung der Waren in die Ferne.

Bestand hiernach das Bedürfnis, Arbeitskräfte zu finden, welche die Waren in entfernten Gegenden absetzen konnten, so mußte dasselbe umsomehr hervortreten, je bedeutender ein Handlungshaus war und je verzweigter die Gebiete waren, nach denen sein Absatz reichte. „Die Ubiquität der Person wurde durch die Einrichtung von Handelsgesellschaften erreicht“, erklärt Mollwo in S. XLIX seiner Einleitung. Da benutzte man vor allem die Gelegenheit, sobald Jemand sich an einen Ort begab, wo Absatz der Ware erreichbar oder schon in Aussicht war, um demselben diese Waren mitzugeben. Wurde dabei eine Gesellschaft abgeschlossen, so war es nach der Natur der Sache eine Gelegenheitsgesellschaft; dieser Charakter wird beibehalten, wenn sich auch derartige Reisen wiederholen, und bildet einen der hauptsächlichsten Unterscheidungspunkte des Commendaverhältnisses, worauf später noch zurückzukommen sein wird.

Was nun speziell den hansischen Handel betrifft, so galt es, vor allem die Waren an die großen Stapelplätze zu bringen, während der Chef des Hauses doch auch am Platze für das Geschäft an Ort und Stelle und für die von dort zu leitenden Operationen notwendig war. So finden wir denn das Anvertrauen von Waren, worauf Pauli a. a. O. S. 139, Neumann, Gesch. des Wechsels im Hansagebiet S. 6f. und Anm. 7 und Levin a. a. O. S. 11f. schon aufmerksam gemacht haben, besonders zwischen Lübeck, Danzig, Riga, Reval, Bergen, Nowgorod, Brügge, London rc. Gerade die hansischen Kontore machten im Norden die persönliche Begleitung der Waren genau ebenso erforderlich, wie dies im Süden in den Faktoreien zu Hause und in den Kolonien der Fall war.

Die Tätigkeit des Schiffers, die ja gewöhnlich an und für sich später nur dem Transport der Ware gewidmet war und nur in Ausnahmefällen die kaufmännische Vertretung der Schiffsgesellschaft umfaßte, mußte dabei mehr zurücktreten und es mußte sich bilden und hat sich gebildet eine Klasse von Leuten, die berufsmäßig die Vertretung der Kaufleute in der Fremde übernahmen. All das beschränkte sich aber nicht auf das Gebiet der Hansa, wir finden im Innern und besonders auch im Süden Deutschlands das gleiche Bedürfnis, insbesondere dort für das Begleiten der Waren nach Italien, Spanien usw.

Fanden wir als Bezeichnung für diese Tätigkeit in den romanischen Ländern (vgl. meine Commenda S. 70, Goldschmidt, Universalgesch. S. 259 Anm. 87, 267 A. 114) vor allem die Ausdrücke: portare laboratum, ire, proficisci, vadere laboratum, ire negotiatum, so notiert Vicko v. Geldersen in der 2. Hälfte des 14. Jahrh.: Luneborch sumpsit secum 63 schudatos antiquos mihi pertinentes (I 21), Albertus Soltov sumpsit secum versus viam 65 ℔ (I 586), item nam Luneborch myt sik in Flanderen, do he ret, 47 Vrankrikesche schilde (I 643), Luneborch sumpsit secum nomine meo 84 nobelen (I 649), und Hermann Wittenborg schreibt in sein Buch: Ic hebbe gheven Rucenberghe 100 marc penninge, de min sone upborede to Flandern (I 83), oc hebbe ic sent mime sone to Flandern 24 schilde bi sineme knechte Wedeken Clingenberghes. In einer Urk. v. 1299 (Schulte a. a. O. Bd. II S. 3) heißt es: bona que secum haberet vel per terram nostram deferri faceret. Wenn wir zunächst bei diesen Beispielen Halt machen, so vermissen wir die Angabe

des in den romanischen Urkunden durch laboratum, negociatum ausgedrückten Zwecks; aber diese Angabe war im Handlungsbuch nicht nötig und ergab sich aus der Tatsache des Mitnehmens. Weiter sehen wir, wie auch Münzen als Waren mitgegeben wurden. Der nächste Schritt war die Mitgabe von Geld, die Ausbildung der Geldcommenda, zumal ja auch die Waren am Bestimmungsorte verkauft wurden und der Erlös gewöhnlich wieder in Waren zurückgebracht wurde. Also entweder bestand Verkaufsauftrag mit oder ohne neuen Kaufsauftrag oder nur Kaufsauftrag oder allgemein der Auftrag, mit dem Gelde Handel zu treiben. Im letztern Falle ist natürlich diese Angabe des Zwecks erforderlich, und so sehen wir denn in den von Pauli und Rehme edierten Urkunden, die ausschließlich Geldcommenden betreffen, die Angaben: cum quibus mercabitur (Rehm Nr. 14), cum quibus negociari debet (18, 48), negociabitur (20, 33), ducendas versus mare (22) — vgl. Rehme a. a. O. S. 372. Den weiteren Schritt, die Hingabe von Geld zum Handel zu Lande bezw. zu Hause, zeigt die Urkunde Nr. 36 daselbst: cum quibus non in aquis, sed terris negociabitur, vgl. meine Commenda S. 133—139, Goldschmidt a. a. O. S. 267. Durch die Geldcommenda wird das ursprüngliche Arbeitsgeschäft in eine Kapitalanlage umgewandelt. Die Wiederanlage des Erlöses ist in der von Rehme unter Nr. 14 mitgeteilten Urkunde mit den Worten vereinbart, daß der Commendatar für den Commendator medietatem lucri cum principali summa sibi tradita debet applicare, wobei auf die genuesische implicita (Commenda S. 73, Goldschmidt, Univers. S. 259 und Anm. 86) zu verweisen ist. Die angeschafften Waren werden bei Rehme Nr. 60 als bona que cum dicta pecunia sunt comparata et commutata bezeichnet. Deutsch wird die Anlage als „biweren“ bezeichnet, vgl. Vicko v. Geldersen I 616: item 8 ℔ gr. desses zulven gheldes zint beweret in rise und in mandelen (1387). So Wittenborg II 78: 12 m sulveren penninge de horet mi to, dat he mi biveren scal an lasten (1353). Das Geld wird auch wohl sofort in der Heimat angelegt und die Ware dann fortgeschickt, z. B. Wittenborg II 83: (200 m) dat wart biweret an sulveren unde an sulveren lub. penninghen dat sande Thidemann Wise wech to Revele. Das wurde dann verkauft und der Erlös dort in Wachs angelegt: dat is weder comen an wasse. II 85: 34 Flamesche malgen u. 16 scilde de he mi biweren solde

in Flandern. II 152: dat scal upboren Bertram van Rostoc, dat scal he mi biweren an wande. Oder allgemein: to biwerende . . dat is weder comen an wasse und an werke (II, 179). Nach II 197, 198 sollen von 45 ℔ gr. 30 ℔ durch Albrecht Woltvogel u. Lübberecht Knop „biweret“ werden in Tüchern von Brügge. Vgl. noch II 267, 268, 302.

§ 5. Das Senden des Gutes. Sendeve.

Wie in § 1 erinnert wurde, spielte schon bei der romanischen Commenda das Versenden der Ware, das mittere, eine große Rolle: Der Commendatar darf das anvertraute Gut meist senden, wohin er will, das Commendieren selbst wird als mittere laboratum neben dem portare laboratum oft bezeichnet. Allerdings wird das Commendaverhältnis überflüssig, wenn ein bestimmter Abnehmer in der Ferne bereits vorhanden ist, wo also nur reine Speditionsleistungen in Frage kommen, wie z. B. auch bei der Heimsendung der Ware. Dagegen entspricht das Versenden der Ware an einen Bevollmächtigten, der für ihren Absatz besorgt ist, vollständig den Bedürfnissen, die zur Schaffung der Commenda führten und insbesondere den durch die Einrichtung der Faktoreien und Kontore geschaffenen Verhältnissen.

So spielt denn das Versenden der Ware in Deutschland eine noch weit erheblichere Rolle als im romanischen Gebiet. Noch am 7. März 1414 ergeht von Köln eine Aufforderung nach Augsburg (Stieda a. a. O. S. 149), daß sie das Gut voeren senten und verkouffen sollen. Der Begriff des Versendens im Sinne der Commenda ergibt sich klar aus der Vorschrift des lübischen Rechts (Hach IV 32): Es soll keiner sin gudt in Flandern senden einem der buten der hense sy to bevelende, winbeer unde herinck dat mach he senden unde bevelen weme he wil. Senden und anvertrauen, das ist das Bezeichnende für die Commenda. So auch § 15 des Hanserezesses vom 5. Juni 1434 (Hanserezesse II. Abt. S. 205), es solle niemand sein Gut senden noch bevelen denn an einen Hansen. Das Senden und Befehlen wird in der Rigischen Bursprake aus dem Anf. des 16. Jh., zitiert bei Levin a. a. O. S. 19, erläutert: senden ofte bevelen to kopende unnd vorkopende.

Für den Hof von Nowgorod war vorgeschrieben: Neman ne scal ok boven 1000 marc in den hof voren . . . Wäre es, daß Einer

mehr in den Hof vorde oder sende, wird er bestraft (Sartorius, Urk.Gesch. Bd. 2 S. 353 f., dazu Höhlbaum, Hans. Urk.B. Bd. 3 S. 593). Das Soester Recht von 1120 (Seibertz, Westf. Urk. Bd. 1 S. 42) sagt: si quis bona sua ad negociandum commiserit, 1350 (ebenda Bd. 2 S. 399): Wey eme sinen borghere sin ghuyt bevelid to koypenschapen. Vgl. Hanserezesse Bd. I S. 8 (1277?): Wer illac per alium bona sua mittit, ꝛc. Als Vicko v. Geldersen und Conrad Plawe gemeinsam Ware nach England schicken, notiert Vicko (I 725): Dyt ward gheschepet in Schermbeken unde wart bevalen Willer, her Nicolawus Alstorpes cumpane.

Besonders wertvolle Aufschlüsse erhalten wir in diesem Punkte von dem Wittenborg'schen Handlungsbuche. II 20: mitto per Johanni Witten 87 scilde ad Brugis Laurensio de Bursa, Witten ist der Begleiter der Ware, Lorenz von der Börse in Brügge, der oftgenannte Handelsmann, ist derjenige, dem die Schilde „befohlen" sind. Vgl. II 29, I 84, 85 (dem Sohne durch den Knecht und den Läufer gesandt) und bei Schulte, a. a. O. Bd. 2 S. 70: 2000 ℔ Papier benigne fidei ejus commiserit.

Das Gut nun, welches gesendet und befohlen, einem Andern anvertraut wird, ist Sendeve, Sendegut. Bei Schiller und Lübben, sowie im Feitschen Glossar zu Höhlbaums Hansischem Urkundenbuch ist übereinstimmend die Bedeutung: Kommissionsgut, Speditionsgut angegeben; ich lasse diese modernen Begriffe hier absichtlich beiseite, weil das Hineintragen derselben in mittelalterliche Verhältnisse bisher die Untersuchungen nur beeinträchtigt hat.

Das Wort sendeve bezeichnet weder einen Kontrakt, durch den ein Anteil am Gewinn eingeräumt wird (Pauli Bd. 1 S. 138), noch eine Gesellschaft (Rehme a. a. O. S. 372), noch einen Commendavertrag (Schmidt a. a. O. S. 89), noch einen Kontrakt von Leuten, die im Verhältnis von Herr und Diener oder einem ähnlichen stehen (Mollwo S. LVI u. Zit.). Das Wort bezeichnet vielmehr das gesendete und zum Handel anvertraute Gut, und es ist gleichgültig, ob der Commendatar vom Commendator „gesendet" werden könnte, weil das Senden der Person nicht in Frage kommt. Daß dem so ist, ergibt sich insbesondere aus den Quellenstellen, in denen das Wort selbst erklärt wird. Levin führt zum Beweise, daß Sendeve ein Kommissionsverhältnis bezeichnen könne, ein lübisches Testament vom 6. April 1330 an (a. a. O. S. 37), auf welches

auch Rehme aufmerksam gemacht wurde (S. 387 Anm. 68): recognosco centum marcas puri argenti, quas Johannes Gheismar a domino Erenghislo . . sustulit, specialiter et per se Johanni Gheismaro pertinentes, quia ipsas mecum habuit in bonis, que theutonice zendevee nuncupantur, ad duos annos ante confectionem hujusmodi testamenti; der Errichter des Testaments hatte die 100 m in Gütern, die auf deutsch Sendeve heißen und dem Anvertrauenden gehören.

In einer anderen Urkunde von 1364 schreibt der Revaler Rat an den Hauptmann von Finnland (Bunge, Livl. Urk. Bd. 2 S. 716, zitiert von Levin a. a. O. S. 50): Hinricus Wise declaravit quod fratri suo Brandano Wisen XLV tymb. lasten (= 45 × 40 Wieselfelle) ducenda et in alia bona commutanda pro sendeve Teutonice praesentaverat committenda. Die Güter waren als Sendeve anvertraut, mit dem Auftrag, sie zu führen und gegen andere Güter zu vertauschen; im fraglichen Falle wurde Kupfer und schwedisches Eisen eingehandelt.

Aber auch aus dem sonstigen Vorkommen des Wortes ergibt sich das Gesagte, wobei zu beachten ist, daß sendeve sich stets auf das zu führende Objekt bezieht und mit diesem durch „in“ „zu“ ꝛc. in Verbindung steht. Vgl. die oft zitierten Verbote für Nowgorod, daß der deutsche Kaufmann der rûcen gût nicht ne voere to sendeve und auch nicht voeret walen ofte vleminge ofte der engelschen gût in kumpanie ofte to sendeve, daß Niemand des Jahres über 1000 Mk. haben soll, es sei sines egenen gudes eder an kumpanie ofte an sendeve eder an ienegerleye dinge, daß das gut nicht mer weder komen schal dan des iares enes dat si an kumpanige eder an sendeve eder an welkerleuvis dat gut si (statt aller Zitate Levin a. a. O. S. 13ff.), die Hanseverbote, mit Außerhansen geselschop zu hebben und sendeve hanteren bi vorboringe des gutes (a. a. O. S. 36), daß, wenn man eines andern gut boret an kumpanie oder to sendeve, man es nicht verslan oder verdoppeln dürfe (a. a. O. S. 47). Nach 1501 erklärt der in Brügge residierende Kopgeselle, daß er etliker sendegueter halven, welche der Lübecker Kaufmann Hans Becke ihm gesandt, demselben 1077 Mk. schuldig sei (Pauli a. a. O. Bd. 3 S. 36 Anm. 1).

Statt der Waren wird in einer, verhältnismäßig schon frühen, Zeit auch Geld in sendeve gegeben. Rehme Nr. 21: X habet 118 marcas

argenti sibi per Y commissas in sendeve, während in den Urkunden Nr. 24, 41, 51 gesagt ist, daß das Geld nomine, ut und in sendeve zu führen ist.

Auch das Handlungsbuch Wittenborgs spricht nicht gegen das Vorgetragene, wohl aber gegen die Ansicht seines Herausgebers Mollwo, daß die Sendeve nur zwischen dem Herrn und Diener bestände. II 19 erhält Lüdekin Clingenberch verschiedene Sachen „ad sendeve", II 21 ist festgestellt, daß W. seinem Knecht Bertold mede de to sendeve 17 laste Kabeljau, die mit Zoll und Fracht 23 m. stehen, wobei ihm Geld für den Zoll mitgegeben wird. Könnte es sich hier um die Sendeve im Sinne Mollwos handeln, so ist das ausgeschlossen bei II 29, wo W. durch Claus Dittmersen 106 Schilde dem Lawerse von der Vorse to sendeve sendet mit dem Zusatz: des was ic eme tovoren sculdich 19 s. et 7 d. got. Die Burse waren eine angesehene Patrizierfamilie in Brügge, vorzugsweise Makler und Hosteliers und gaben der Börse den Namen, vgl. Ehrenberg, Zeitalter der Fugger Bd. 1 S. 80 und Zitat. Nach II 30 erhielt wieder Bertold Sachen mit to sendeve und nachgesandt, ebenso nach II 75, wo er Pfeffer, Ingwer ꝛc. to sendeve nach Schonen mitnimmt und ein striped laken, an dem ihm der 8. Teil zusteht; er erhält auch immer Geld geliehen. II 78 erhält ein Verwandter Arnold Bardewich Sachen, darunter das wadderghelt des Sohnes Hermann, to sendeve dat he mi biweren scal an lasten.

II 85 erhält Henneke Laurentius 1351 flandrisches Geld, de he mi biweren solde in Flanderen. Das Geld sollte im Schiff von Lüdeke Buxtehude in dessen Kiste auf „min eventure" (= des Gebers) aufbewahrt werden. Mollwo meint, daß „natürlich" Henneke sich auch auf diesem Schiffe eingeschifft habe (a. a. O. S. LIX). Ich glaube das nicht, da wir wiederholt hören, daß die Reise nach Flandern auch zu Pferde gemacht wird (II 152, vgl. I 86, I 643 bei Geldersen). 1352 soll der Nämliche 20 lib. gross. upboren to sendewe und soll sie biweren in Tüchern von Courtray (II 104); derselbe Henneke Laurensius macht aber nicht nur mit seinem Herrn (II 197), sondern auch mit Albrecht Woltvogel und Arnold Bardewich, angesehenen Bürgern, gemeinschaftliche Geschäfte auf gleichem Fuße (II 239 f.). 1354 sendet Wittenborg wieder dem Thiedemann Wise durch dessen Bruder Gerwin Silber nach Dorpat zum biweren, (II 135), und ebenso 1355, jedesmal to sendeve, durch Arnold Bardewich (II 146). Dieser bringt im selben

Jahre dem Tiedeman Wise to sendeve Silber, darunter wieder des jungen Wittenborg Vatergeld. Wie wenig die sendeve Dienstverhältnis ist, zeigt II 179. Da kaufen Wittenborg und Gottschalk Wise zusammen Silber; dat hebe wi dan Reyneken van der Caspelen to sendeve, daß er auf unsere eventure ostwärts fahren soll to biwerende. Daß dabei auch keine Gesellschaft zwischen den Gebern und dem Träger der sendeve in Frage kam, ergibt die Feststellung, daß das Geld Wise zu 3 Teilen und Wittenborg zu zweien angeht. Ähnlich II 83. 1356 erhält Arnold, da er wegsegelte, Leinwand und Silber, das dem Sohn gehörte, to sendeve (II 205). 1357 erhält Wittenborg 7 Stücke Wachs, de mi Arnold sende und Thideman Wise van deme sendeve, dat ic Arnolde mede, später kam dann Pelzwerk van deme sulven sendeve, do Arnold mit vorede. Hier ist wieder deutlich ersichtlich, daß Sendeve eben das Gut ist, welches zum Handelsbetrieb anvertraut wird. II 269 erhält Berthold wieder Vatergeld des Sohns to sendeve, 1359 wird an Tiedeman Wiese mit Johann Rokesberg Silber ostwärts gesendet to sendeve (II 343). Bezeichnend ist endlich II 278: „Als Berthold 1358 nach Schonen wegzog, gab ich ihm mit als Sendeve 160 ℳ silberne Pfennige und an Salz soviel wie 20 ℳ an Gold, damit er Häringe salzen soll, auch gab ich ihm mit 62 ℔ Ingwer, die er mir verkaufen soll und 28 s. zu Butter."

Sollte am Bestimmungsort Ware und Geld in Sendeve gegeben werden, so gab es, wenn der Commendator es vermeiden wollte, die Sachen selbst dahin zu begleiten oder zu schicken, ein weiteres Mittel: man kaufte die betreffenden Sachen mit der Vereinbarung, daß sie an dem gewünschten Orte als Erfüllungsort geleistet bezw. bezahlt wurden. Z. B. II 197: Wittenborg und Henneke Laurensius kaufen von Engelke Rode in Lübeck zusammen 30 ℔ gr., die in Flandern zu bezahlen sind, II 198: Wittenborg kauft in Lübeck von Hinse Hardenacke 15 ℔ gr., in Flandern zu bezahlen, die von Evert Pomper und Wedemer Berchof auszugeben sind, während Albrecht Woltvogel und Lubberecht Knop die zuvorgenannten 30 ℔ empfangen und in Brüggeschen Tüchern anlegen sollen; beim Vollzug ist noch „übergelaufen" 6 s. 8 d. gr. 1356 kauft Wittenborg von Brun Warendorp 20 lib. gr., zu Brügge in Flandern zu bezahlen. Die Art der Ausführung dieses Geschäfts ergibt sich am besten aus II 171: Wittenborg kauft 51 ℔ gr., in Flandern zu bezahlen, das ℔ für 7 ℳ—2 s. und zwar zu bezahlen

14 Nacht nach Sicht des Briefes, das soll dann Oldewere an Gewandzeug anlegen und mit dem 1. Schiffe senden. Den Übergang dieses Geschäfts in die Sendeve bezeichnet II 234: ich kaufte von Wesseler 30 ℔ gr., das ℔ für 7 ℔—3 s. zu Brügge zu bezahlen. Das soll ausgeben Ämilius Scepenstede, dat scal mi Bertold biweren an Bruges lakene to sendeve. Ebenso II 235, 236 usw. Vgl. II 295: falls die vlämische Reise wiederkommt, so habe ich mit L. v. d. Vorse 7½ ℔ grot.

Es ist das dasselbe Geschäft, auf welches Hildebrand bei der Herausgabe des Rigischen Schuldbuchs aufmerksam gemacht hat und welches Lewin (a. a. O. S. 39—41) direkt für Sendeve in Anspruch nimmt. Z. B. Nr. 37 dortselbst: Arnoldus Hogemann tenetur erogare ex parte Siffridi Hogemann in Flandria tantam pecuniam, quantam due libre cere ibidem solvent (1292). Oder Nr. 479: Dominus Johannes Hoghemann tenetur Johanni de Bothewe tot mrc. sterlingorum in Flandria pagandas quot mrc. unum navale talentum cere secundum pondus Rigense ibidem valere poterit. Oder endlich Nr. 1768 (1296) Conradus Gutecumpan tenetur cum Henrico Divite 2 scippunt votes wasses in Flandria. Damit vergleiche man aus dem Buche Vickos von Geldersen I 772: Ego emi a Hermanno Hope 30 ℔ gr., in Flandria persolvendum. Vgl. I 767—76 und oft.

§ 6. Modalitäten der Hingabe von Gut zum Handel.

Wie nun das dare laboratum und negotiatum in den romanischen Ländern teils ohne Entgelt, teils gegen festen Lohn, teils gegen Provision, teils endlich in gesellschaftlicher oder partiarischer Form erfolgt und wie sich daraus der Transportvertrag, die Kommission, die stille Gesellschaft und die Kommanditgesellschaft entwickelt, auch das Recht der jetzigen offenen Handelsgeschaft beeinflussend, genau so ist die Entwicklung auch in den germanischen Ländern. Das dare ut inde negocietur des Medebacher, des committere ad negociandum des Soester Rechts, das Befehlen des Gutes zu Kaufmannschaften ebenda, das Belaven des Gutes buten Landes und das Mitgeben des Gutes im lübischen Recht, die Frage des Aldermanns im Londoner Kontor an den Führer von Gütern, weme de guder horen, de he handeret und ob Leute von außerhalb der Hansa Part oder Teil daran haben, die Gesellschafts-

verträge, welche im Geschäfte des „Hauptmanns" das fremde Kapital „arbeiten" lassen (vgl. Pauli a. a. O. Bd. 3 S. 159, sowie besonders die Augsburger und Nürnberger Gesellschaften), die Vorschrift des Münchner Stadtrechts von 1347, daß bei Gesellschaften zwischen Bürgern und Fremden der Bürger, der das fremde Gut „arbait", dies versteuern soll, alles das sind Erscheinungsarten desselben wirtschaftlichen Vorgangs, bei dem einer dem andern seine Habe „traut" (Schulte Bd. 2 S. 261 aus einer Urkunde für die Gesellschaft der Huntpiß). Bisher wurde in der Geschichte des deutschen Gesellschaftsrechts das Überwiegen dieses Faktors zu wenig beachtet, und insbesondere die sonst so verdienstliche Arbeit von Schmidt hat nahezu alle Quellenstellen für die Geschichte der „offenen Handelsgesellschaft" verwendet. Hier hätte eine Untersuchung wie die von „Adler, Zur Entwicklungslehre des Gesellschaftsrechts, Berlin 1895" vorausgehen müssen, die nun ihrerseits gerade die Geschichte des deutschen Gesellschaftsrechts für die frühere Zeit nur kurz streift. Schon Rehme hat in seiner Kritik dieser Arbeit in der Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht Bd. 46 S. 336 auf die Notwendigkeit hingewiesen, „den höchst wahrscheinlichen Einfluß der Kommanditgesellschaft" auf die offene Handelsgesellschaft festzustellen. Es wird sich dabei ergeben, daß von „offenen Handelsgesellschaften" insolange keine Rede sein kann, als nur Gelegenheitsgesellschaften, nicht der dauernde Betrieb eines Handelsgewerbes in Frage kommen und als nur im Namen des Handelnden selbst oder eines von ihm vertretenen Gesellschaftsvermögens, nicht auch in demjenigen bestimmter, dem Gegenkontrahenten oder allgemein zur Kenntnis gebrachter und unbeschränkt mithaftender Gesellschafter die Handelsgeschäfte abgeschlossen werden. Wenn in den Quellen die Gegensätze „offen und heimlich bezw. still" für die Gesellschaft gebraucht werden, wenn verboten wird, mit Fremden „heymlichen noch offinbar" Gesellschaft zu haben (Leipz. Willkür- und Polizei-Ordnung von 1454), wenn schon 1350 jedem Kaufmann der Hansa untersagt wird, mit dem ausgeschlossenen Tydeman Blomenroth wederlegghinge zu haben, weder „stille noch openbaer", wenn 1518 verboten wird (Schmidt a. a. O. S. 33), den großen Handelsgesellschaften öffentlich oder heimlich beizutreten, so hat das mit offener Handelsgesellschaft nichts zu tun. Dagegen konnte die öffentliche Erklärung vor dem Stadtbuche, abgesehen von ihrem eigentlichen Zweck, dem Beweiszweck, demjenigen

der öffentlichen Bekanntmachung dienen, z. B. wenn 2 Kaufleute „vor desseme boke hebben apenbare bekannt, daß sie ihre Gesellschaft aufgelöst haben und daß der eine die Schulden, die sie beide gemacht haben und die Aktiva allein übernommen hat (Pauli Bd. 3 Nr. 98), zumal wenn diese Urkunden mit: Notum sit, quod, beginnen (Rehme Nr. 2, 3, 7, 8, 10 usw.). Selbstverständlich wurde aber die offenbar gemachte Gesellschaft hierdurch noch nicht zur „offenen Handelsgesellschaft" unseres Rechts, so lange die übrigen Voraussetzungen nicht vorlagen, die in der frühen Zeit regelmäßig nur in der familienrechtlichen Haus- und Lebensgemeinschaft gegeben waren. Hierfür ist auf Weber a. a. O. S. 44, Lastig in der Zeitschrift f. das ges. Handelsrecht Bd. 24 S. 432ff. und Goldschmidt, Universalgeschichte S. 271 (vgl. z. B. auch Mecklenb. U.B. Nr. 5237) zu verweisen. Die Notwendigkeit öffentlicher Bekanntmachung auch bei der Kommanditgesellschaft ergibt sich am besten aus den von Lastig veröffentlichten Registern.

§ 7. I. Hingabe gegen festen, vom Geber zu zahlenden Lohn.

Wie ich für die romanischen Gegenden (a. a. O. S. 71—74, dazu Goldschmidt, Univ. S. 262 Anm. 91) das portare laboratum gegen festen Lohn und Provision nachgewiesen habe, so läßt sich der gleiche Nachweis auch für die germanischen Gebiete erbringen.

Im Stadtarchiv zu Konstanz finden sich in einer der ältesten Handschriften „Verträge vor dem Rat", begonnen 1381, Stellen, welche beweisen, daß das Buch vorher als Aufschreibbuch einer Handelsfamilie gedient hat. Hier kommen 2 an diesem Orte zu erwähnende Eintragungen S. 104 Nr. 114 in Betracht. Unter dem 1. Januar 1320 wird vermerkt: Ich han Haiennorn dem Züricher bivolhen V fardel wisser linwat, da an lit 100 tüch. Due hant 100, 100 unt 400 unt 54 eln. Da an gap ich im ze lon gen Venedy Kostenzer lib. 25.

S. 125 Nr. 23.

Unter dem gleichen Datum: Ich han Jakob Fluckelin bivolhet ain muent von Loewen pp. unt 1 waepeli von Iper. Unt von Wörnher minem brüder 4 tuech pp. Da an gap er ze lone Konstenzer lib. 5 sol. 5.

Schulte a. a. O. Bd. 2 S. 222.

Derjenige, welchem die Waren, insbesondere nach Venedig „befohlen“ werden, erhält also im voraus einen bestimmten Geldlohn ausschließlich für diese Tätigkeit.

Hierher ist wohl auch zu rechnen die Schuld Wittenborgs an Lawerse van der Vorse zu 19 s. und 7 d. got. (II 29), gleichzeitig erhält dieser neue Sendeve, und nach II 34 wird abgerechnet.

Nach der von Hirsch, Danzigs Gewerbs- und Handelsgeschichte 1858 S. 228 und Anm. 952 und von Levin S. 24 Anm. 78 zitierten Stelle aus dem 2. Bande der libri missivarum des Danziger Rats von 1431 schreibt dieser: Die Prinzipale hätten sich mit Hans Klüsener in Flandern geeinigt: da se ere guder an em wolden senden do tovorstaende und to warende under beste darby to doende, darvor wolde se eme sulk recht und vrundschap doen von itezliken ℔ grot, alse dat to Brug wonlik und recht is. Hier wird für Brügge aus dem 15. Jahrhundert ein ausdrückliches Gewohnheitsrecht bezeugt, daß das Senden der Ware zum Vertrieb an einen Bevollmächtigten diesem mit bestimmten Prozenten zu vergüten ist. In denjenigen Fällen, wo Waare gesendet und direkt gegen andere Ware vertauscht wurde, ist etwas anderes als fixe Vergütung schwer denkbar, und auch dann, wenn Ware gesendet und verkauft und mit dem Erlös andere Ware angeschafft wurde, stieß die gesellschaftliche Beteiligung des Bevollmächtigten auf die Schwierigkeit, daß die Anschaffung der ursprünglichen und die Verwertung der neuen Sachen allein in den Händen des Commendators lag, der leicht jeden Gewinn bei der Transaktion bestreiten konnte. Wenn dem Bevollmächtigten direkt Geld übergeben wurde, und zwar als solches, nicht als Münzware, so handelte es sich, sofern die Hingabe im Interesse des Empfängers erfolgte, einfach um ein Darlehen, und tatsächlich sehen wir, wie häufig den Bevollmächtigten, oft neben der Hingabe von Waren, Geld geliehen wird. Vgl. Pauli Bd. 3 Nr. 97: Hans Bücking für sich und seinen z. Zt. in Venedig liegenden muschup unde vulleselschup bekennt, daß sie einem Andern schuldig sind von hovetstole, gelenden gelde und wynninge. Ebenso Nr. 95 l. c. Vicko v. Geldersen (I S. 518 verglichen mit II S. 59 und oft) sowie Wittenborg geben häufig den Bevollmächtigten Darlehen, worüber noch weiter zu reden sein wird. Erhält der Bevollmächtigte das Geld zur Anlage in seinem Geschäfte im Interesse des Gebers,

so wird, wenn nicht auch hier die Form des Darlehens gewählt wird, die gesellschaftsmäßige Beteiligung vorgezogen. Aber wir finden auch in solchen Fällen die Bestimmung, daß das Geld wie Sendeve geführt werden sollte (Rehme Nr. 24: tradidit 56 marcas denariorum sibi soli pertinentes, quas ducet ut sendeve, Nr. 41: praeterea sibi tradiderunt specialiter 200 marcas puri argenti Lubicensis nomine sendeve ducendas per eundem) oder direkt: als Sendewe (ebenda Nr. 21 und 51). Solche Verträge bedurften eines besonderen Beweises und wurden deshalb ins Stadtbuch eingetragen. Dagegen bedurfte es keiner Bestimmung über die Vergütung, wenn diese, wie wir sahen, schon im voraus bezahlt wurde. Manchmal mag das Entgelt in einer gleichzeitig daneben vereinbarten anderweiten gesellschaftlichen Beteiligung bestanden haben.

Wittenborg leiht seinem gewöhnlichen Bevollmächtigten auch Geld zu einer Sendeve (II S. 275), die Stelle ist aber zweifelhaft.

§ 8. Hingabe an Bedienstete des Gebers.

Im romanischen Gebiet trifft man immer wieder in den Commenda-Verträgen auf die Bestimmung, zu welchem Betrage die fragliche Commenda an den Ausgaben der Unternehmung teilnehmen und daß andere Commenden, die der Commendatar nehmen würde, auch per libram daran tragen sollten (meine Commenda S. 115, Wagner a. a. O. S. 11). Diese Bestimmungen vermißt man in den deutschen Quellen. Wohl vertrat nach dem Verzeichnis der im Jahre 1468 nach London handelnden Kölner Kaufleute bei Ennen und Eckertz, Quellen zur Geschichte der Stadt Köln, ein Faktor auch mehrere fremde Kaufleute (vgl. auch Lepa a. a. O. S. 468), wohl kommt, wie wir bei Wittenborg und Geldersen sehen, vielfach auch das Gelegenheitsgeschäft mit selbständigen Kaufleuten vor, vielfach aber entwickelt sich in deutschen Landen das Vertrauensverhältnis zum persönlichen Treuverhältnis, der Kaufmann befiehlt das Gut Leuten, die an sich schon in seinem Dienste stehen. Auch im Süden finden wir die famuli, die ihre Dienste vermieten und oft als factores oder juvenes mercatorum erscheinen — vgl. Gogioso, il contratto di lavoro nell' antico diritto ligure 1897 und Lattes, Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane § 10, der die Kargheit der Statutenbestimmungen darauf zurückführt, daß die discipuli

und factores meist in der Gestalt wirklicher Gesellschafter auftreten, siehe auch Bonolis, La giurisdizione della mercanzia in Firenze nel secolo XIV. 1901 S. 49 und 115.

Aber ungleich häufiger finden wir im Norden, daß Waren und Geld besonderen Bediensteten anvertraut wurden, so daß man, wie wir bereits sahen, die Sendeve direkt als Dienstverhältnis aufgefaßt hat. Daß daneben aber in nicht unerheblichem Maße als Bevollmächtigte selbständige, unabhängige Kaufleute vorkommen, sehen wir nicht nur aus Wittenborgs, Geldersens Aufzeichnungen, sondern insbesondere wieder aus der Frage des Aldermanns im Londoner Kontor, ob der Ankömmling gemedet Knecht sy des mannes, de welken he de guter hanteret unde often umme lon denet, also ein gemieteter Knecht sei oder nicht; und erst wenn er kein gemieteter Knecht ist, sunder frig up sinen voten steit, leddich von allen loften, dann mag man ihm das Recht verleihen.

Unter den Dienern (servi) des Kaufmanns finden wir wieder verschiedene Klassen, die aber sämtlich nicht nur zum reinen Speditionsdienst, sondern auch zu Commendageschäften verwendet werden. Nach Hirsch a. a. O. wären freilich die Knechte dispositionsunfähig. Das Gegenteil ergibt sich aber aus dem Nachfolgenden. Bei Geldersen treffen wir außer den gewöhnlichen Knechten auf Scholer, scholares, nach Nirrnheim S. XXVIII wohl höher gebildete, für den geistlichen Stand ursprünglich bestimmte, des Schreibens kundige Leute, wie auch ein clericus des Friedrich v. Geldersen erwähnt wird (a. a. O. Anm. 3) — vgl. auch: des koufmans clerig[4]) in den Handelsrechn. des D. Ordens 71[27]. Nun sehen wir, daß sowohl den Knechten als den Scholern, insbesondere auch auswärts, mit Rechtswirkungen bezahlt und daß von ihnen auch sonst mit Rechtswirkung gehandelt wird. I 139, 143, 148 zahlen Kieler Schuldner „scholari meo in Kil", in 148, 149, 162, 173 ersehen wir, daß er Conradus hieß und daß ihm bezahlt wurde in eadem reysa dummodo Conradus moriebatur. Der nämliche Conradus ist an Leinwand, die nach Flandern gesandt wird, nach I 774 in der Weise beteiligt, daß ihm $^3/_4$ und seinem Herrn $^1/_4$ gehören: seine Erben erhalten von dem Wert der Sendung zu 47 ₰ als Abfindung 34 $^1/_2$ ₰ — 1 Schilling.

[4]) S. 289: schreiber des liegers.

Gleichzeitig erscheint der „servus“ Johannes de Ulzen. Ihm wird auch I 148, 161, 162 in Kiel als „meo servo“ bezahlt, I 171 wird notiert: sustuli 6 ℔ de 1 equo, quem presentavit Johanni de Ulzen, meo servo, in Kile. Am selben Orte I 171 nimmt der Scholar Ludolfus Geld ein, ebenso I 195, 207 und 208 in Stade. Um dieselbe Zeit kassiert der Scholar Woller in Kiel (I 229, 319), in Itzehoe (I 247) und sonst; er steht nach I 554 und II 59 in Kompagnie mit seinem Herrn. Nach I 239 kauft der Scholar Heinrich für seinen Herrn, Johann Schermbecke in Lüneburg, 2 Brügge'sche Tücher am 2. Februar 1373, am 5. Juni ohne jede Verzögerung zu zahlen, Heinrich der Scholar und Hermann, sein Sohn, haben dafür mit gesamter Hand gebürgt. Diese Notiz zeigt wohl am besten die freie Stellung, welche diese Angestellten einnahmen. Der Scholar Arnold, der nach I 395, 411, 425, 427, 457, 461 Gelder einnimmt, hat nach I 730 Tücher bei einem Peter Ritzecke v. Stralsund. Heyne Beinne, der 1374 in die Sozietät der Wandschneider tritt (Nirrnheim a. a. O. S. 7 Anm. 4) erscheint 1367 als servus des Vicko Elebeke. Der Knecht Vickos Alerd erfreut sich des besonderen Vertrauens seines Herrn und steht, gemeinschaftlich mit dem Scholaren Wol(t)er, in Gesellschaftsverhältnissen mit dem Herrn. Von einer Forderung zu 31 ℳ gr. sollen Wolter und Alerd 19 ℳ und Alerd allein 2 ℳ gr. haben (I 666), in der Kompagnie I 554 hat Vicko 60 und die beiden haben je 30 ℔, von der Forderung zu 16 ℳ gr. (I 567) stehen beiden 4 ℳ gr. zu. Alerde allein beteiligt sich 1382 an einer Gesellschaft über 120 ℔, die sein Herr und er „zusammenbrachten“, mit der Hälfte (I 557). Hiernach kann auch zwischen dem „Knecht“ und dem „Scholar“ kein sehr erheblicher Unterschied bestanden haben. Daß auch „unsere Magd Wobeke“ (I 284) und „unsere alte Magd Mechtild“ (I 163) wie auch das Kind des Hauses die Einnahmen aus einzelnen Tüchern bezw. einen Teil der Einnahmen von Geschäften erhalten, wird sich später ergeben, das hat aber mit diesen Dingen nichts zu tun: das sind Beteiligungen, die in beschränktem Maße aus Wohlwollen und familiären Gründen gewährt wurden. Zu erwähnen aber ist, daß das portare laboratum bei Geldersen den Bediensteten überhaupt nur ausnahmsweise zukam, in der Hauptsache aber Verwandten und Gleichstehenden, dem Albert Lüneborg und Albert Soltow übertragen wurde.

Zu ähnlichen Ergebnissen gelangt man nach dem Wittenborgschen Handlungsbuche.

Der „Knecht" Bertold Wittenborg ist ein Verwandter des Prinzipals, er steht mit ihm in Kompagnie (II 3, 231, 232, 236, 269, 335 rc.), erhält Sendeve (II 21, 30, 232, 234, 235, 278), er kauft (II 24, 60 rc.) und entlehnt (II 24, 30, 75 rc.), er rechnet ab mit W. (II 26, 66) und sendet ihm die eingekauften Waren aus der Fremde (II 350, 351 rc.). Die gleichen Geschäfte vollführt aber Arnold van Bardewyk (vgl. Register unter dessen Namen), der mit Bertold oft gemeinschaftlich auswärts ist, ferner Thidemann Wise, Gottschalk Wise, Albert Woltvogel und andere, die nicht als „Knechte" erscheinen. Manche, wie Johann Witte (II 20, 54), Johann Rokesberg (II 343), Gherike Woge (II 106), von dem wiederholt konstatiert ist, daß er „mit Albrecht Wullenpunt" ist, werden diesen Bevollmächtigten mit bestimmten Aufträgen nachgesendet.

Der Prinzipal bezahlt Bertholds Kost auf dem Schiffe (II 118) und gibt ihm Zehrgeld (II 236). Der Knecht Hinse zieht nach Hamburg „bihalven de kost" (II 275), auch dem Arnold Bardewich wird die Kost von Wittenborg gestellt, er hat sie aber zu ersetzen; für die Kost soll er 14 m. geben, und wenn ihm das zuviel scheint, soll er selber mit „ramen" (II 281). Mollwo (a. a. O. S. LVIII) meint, daß bei der Sendeve, dem „Dienstvertrag", der Knappe im Brode des Herrn gestanden habe, nicht aber, wenn er eine Gesellschaft mit ihm einging: im Falle II 236, wo eine societas vorlag, und in dem oben S. 9 erwähnten Falle II 232 seien nur Ausnahmsfälle gegeben. Aber sendeve ist nicht Dienstvertrag, wie wir gezeigt haben, und societas ist nicht Gesellschaft in dem Sinne, wie es Mollwo auffaßt (vgl. S. LXIII) wohl aber weist gerade die Stelle II 232 auf den entscheidenden Punkt. Der Knecht Bertold geht mit seinem Herrn eine Kompagnie ein auf beider Gewinn und Verlust. Dazu soll Wittenborg dem Knecht wieder freie Kost geben, wenn er zu Lübeck in seiner Kost ist; gewöhnlich also scheint der Knecht nur auswärts im Brode des Herrn gestanden zu sein. Am wichtigsten ist aber die Gegenleistung, die nun dafür der Knecht übernimmt: er soll dagegen „sendeve" leisten ohne Kost, wenn der Herr Bedarf danach hat und Bertold doch zur See ausfährt. Hier kommt das ganz freie Verhältnis dieser Knechte oder Knappen zum Ausdruck, das ihnen er-

möglicht, selbständig mit Fremden Geschäfte abzuschließen und Reisen zu machen, wobei sie dann gelegentlich ihren Herrn auch mitvertreten können. Nur so erklären sich die Gelegenheitsgesellschaften zwischen den Herren und Knechten befriedigend nach jeder Richtung.

Besonders klar wird das Verhältnis aus den mehrfach zitierten Rechnungen des deutschen Ordens (Sattler a. a. O. S. 8 f. und in den Hansischen Geschichtsblättern 1877, Leipzig 1879 S. 61 f., besonders 66 f.) Die Großschäffer des Ordens hatten die ihnen von den Untertanen als solchen oder im Vertragsweg empfangenen Produkte des Landes an den auswärtigen Handelsplätzen zu verkaufen und dafür die benötigten fremden Waren einzukaufen. Dazu bedienten sie sich ständiger Lieger in Lübeck, Brügge, Thorn, Danzig, Elbing, weiter der Diener, welche ebenfalls im Auftrag des Ordens Reisen machten, Einkäufe besorgten, einkassierten ꝛc. (z. B. in England, Schottland, Bornholm, Schonen, Spanien, Lissabon ꝛc.). Mit ihnen allen stand der Orden, abgesehen von dem Kostgeld, in Widerlegung, indem beide Teile eine Summe zusammenlegten, mit der dann der Angestellte auf eigene Rechnung neben seinen dienstlichen Obliegenheiten Geschäfte machen durfte, deren Gewinn geteilt wurde. Die Lieger erhalten in Brügge z. B. 30—25 ℔ gl. Kostgeld per Jahr (Handelsrechnungen S. XIX—XXI). Inhaltlich der Rechnungen S. 119[19] (1400—1402) wird man einig, daß der Diener Gödeke v. d. Pforten bei Bernhard von Ahuzen in Kost gehen soll, wofür letzterer entschädigt wird; nach S. 146[9] ꝛc. erhält der Diener Biermann in Lübeck 45 ß Kostgeld. Aber das Kostgeld des Liegers geht auch erst auf den Tag an, wo er an seinem Platze ankommt; wenn er zu Hause ist, kürzt es sich (S. 508[18], 505[28] vgl. 333[38], 469[33]).

Diese Verhältnisse der Lieger und der Knappen bleiben auch im wesentlichen durch das ganze Mittelalter hindurch gleich. Zink (Chroniken deutscher Städte V. 2. Bd. S. 132, 152 Anm. 3 und 137 Anm. 3) erzählt, wie er 1421—38 Diener des Josef Kramer und dann des Josef Egen war „und trieb ihm Kaufmannschaft und mir selbst insgemein"; er trieb zugleich Geschäfte für eigne Rechnung oder in Gemeinschaft mit seinem Herrn. So ritt er gegen Venedig und trieb Kaufmannschaft und führte Ballen von Venedig heraus und richtete seinem Herrn also sein Gewerbe aus und tat Gesellschaft mit ihm. Im Breslauer Stadtbuch von 1407 (Stobbe in der Zeitschrift für

das gesamte Handelsrecht Bd. 8 S. 55) setzt ein Kaufmann sich auseinander mit Hans, der sein Diener war auf Gewinn und Verlust. Und ein Gesellschaftsvertrag bei Schulte Bd. 2 S. 269 ff. zwischen Jörg Kraft, Jörg Koler und Ambrosius de Saronno aus dem Jahre 1506, der a. a. O. als Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft registriert ist, aber die Begründung einer Kommanditgesellschaft darstellt (Jörg Koler ist Regierer, die anderen Teilnehmer sollen ihm gefällig sein, die Güter sollen unter seinem Zeichen geführt werden, er stellt Rechnung) enthält noch die Bestimmung, daß jeder Gesellschafter, der für die Gesellschaft ausgeschickt wird oder mit Wissen der andern für die Gesellschaft auszieht, Kostgeld aus dem gemeinen Seckel, bis er wieder heimkommt, erhalten soll. Nach diesem Vertrage übernimmt auch Ambrosius das „Geleger“ für die Gesellschaft in Mailand und allenthalben in Lamperten mit Kaufen, Verkaufen, Einnehmen und Ausgeben ꝛc. ꝛc.

Für die Stellung dieser Faktoren wolle neben Neumann, Lepa, Levin und den von ihnen allegierten Werken verglichen werden z. B. Stieda a. a. O. S. 25 und 56, Schulte Bd. 2 S. 8, 19, 57, 65, 87 und oft; für die Tätigkeit dieser Lieger, Lagermänner, Faktoren ꝛc. wird auch wieder das „negotiari“ pro aliis gebraucht, z. B. Schulte Bd. 2 S. 162.

Neben den Angestellten sind es endlich auch die Wirte, denen vielfach die Güter anvertraut wurden. Das ist besonders aus den Handelsrechnungen des deutschen Ordens ersichtlich. S. 197[20] hat Heinrich v. d. Pforten ein weißes Warsteinsches Laken bei seinem Wirt Alexander in Warschau gelassen, S. 118 empfängt der Wirt zu Dirschau 100 ℳ und kauft Getreide für den Orden damit ein, S. 136 f. hat ein Wirt des Ordens für denselben Bernstein zum Verkauf; was nicht verkauft ist, läßt der Orden bei ihm stehen. So waren gerade die Wirte geeignet, Waren, die der eigentliche Verkäufer in der ihm zugemessenen Zeit nicht abgesetzt hatte, noch gelegentlich zu verkaufen — Neumann, Entsteh. d. Wechs. a. a. O. S. 6 f. Diese Tätigkeit sehen wir zum Schaden der oberdeutschen Kaufhäuser und der dort erhobenen Zölle auch im Binnenlande ausüben: 1391 wird zu Konstanz den Wirten verboten, eines Gastes Gut zu behalten (Schulte Bd. 2 S. 225), wiederholt 1445 (S. 234).

§ 9. II. Hingabe ohne jede Vergütung von einer Seite.

Im romanischen Rechtsgebiet kam, ganz entsprechend der Natur des Gelegenheitsvertrags, es nicht selten vor, daß insbesondere Waren ohne Vergütung mit über das Meer getragen wurden. In einer großen Reihe der genuesischen Commenda-Urkunden ist entweder von Gewinnbeteiligung oder festem Lohne keine Rede (z. B. Nr. 343, 1098, 1259, 1443) oder es ist direkt gesagt, daß aller Gewinn dem Auftraggeber gehören soll (z. B. Nr. 321, 355, 508, 603, 964, 1068, 1109, 1110, 1333, 1439). Ich habe mich in der Commenda S. 73 und S. 99/100 mit Rücksicht darauf, daß auch solche Geschäfte häufig als Commenda bezeichnet werden und entsprechend dem Mandatscharakter dieses Vertrages dahin ausgesprochen, auch sie als Commendaverträge zu betrachten. So auch Goldschmidt a. a. O. S. 262 und Anm. 91, dazu Lattes a. a. O. S. 167. In neuester Zeit hat Arcangeli a. a. O. S. 126 die venezianische rogadia als das unentgeltliche portare zum Kauf oder Verkauf nach dem Vorgange Bertaldos erklärt, hat aber diesen Vertrag als einen solchen proprii generis betrachtet.

Im deutschen Rechtsgebiete finden sich die gleichen Verträge. Oft ist aus den Urkunden selbst ersichtlich, daß der Träger des Guts durch ein anderes, nebenher laufendes Geschäft entschädigt wird, vergleiche die wiederholt zitierte Stelle bei Wittenborg II 232 und die noch zu besprechenden häufigen Vereinbarungen bei der Gesellschaft, daß bestimmte Beträge non lucrant. Aber oft findet man auch allein die Bestimmung, daß aller Gewinn dem einen Teil gehören solle, wie im romanischen Rechtsgebiet besonders unter Verwandten, vgl. Comm. S. 100 Anm. 2. So Rehme Nr. 3: Johannes Bodin empfing von seinem Vater 200 m, was er dabei verdient, soll ihm allein gehören, was er verliert, ipse solus paciatur. Steht der Gewinn allein dem portator zu, so soll, wenn das „ipse solus“ auf ihn zu beziehen ist (so Rehme a. a. O. S. 392), er auch die ganze Gefahr tragen, er hätte also im Falle des Verlusts — eine Schenkung wie Mollwo S. 46 will, sehe ich nicht — den Betrag seinem Vater zu ersetzen. Vgl. auch Rehme Nr. 48 u. 52: lucrum totum sibi soli. In anderen Urkunden soll Gewinn und Verlust ausschließlich den Geber treffen, so Rehme Nr. 1 und 30, letzterenfalls aber neben einer societas auf hälftigen Gewinn und Verlust. Im lübischen Recht,

dem diese Urkunden angehören, ist auch noch in späterer Zeit (in der Reformation III 2. 2.) der Unterschied gemacht worden: Wenn jemand einem andern sein Gut, Kaufmannswaren oder Geld, ohne eigenen Vorteil oder Gewinn zu treuer Hand zuschicket oder sonsten bei ihm läßt, davon derjenige, dem es vertrauet, weder Part noch Anteil hat und dem Fall, der nicht als treue Hand, sondern als gemeine Schuld erachtet wird, wenn der Anvertrauende nur sein Bestes wissen will mit Kaufen, Verkaufen und allerhand Kontrakten. Je nachdem bestand Konkursprivilegium oder nicht. Und ähnlich war (bei Hach, Altes lüb. Recht III 404) für die Verlusthaftung unterschieden, ob das Gut to beholdende gegeben oder gelehnt war. Auch noch im Jahre 1444 wurden dem Ott Ruland (Handelsb. S. 36) 200 Rh. fl. gegeben, die soll er anlegen zu Gewinn und Verlust auf Wagnis des Gebers.

§ 10. III. Hingabe gegen Anteil an Gewinn.

Wenn Jemand Gut zum Zwecke des Handels mit der Vereinbarung empfing, daß der damit erzielte Gewinn geteilt werden sollte, so war das der eigentliche Tatbestand der romanischen commenda. Wenn also, wie bereits oben S. 7 erwähnt, in einer Urkunde von 1402 erklärt wird, daß ein Konstanzer Gegenstände in commendam übergeben erhalten hat, prout solitum est fieri inter mercatores, so handelt es sich offenbar um das gleiche Verhältnis, wenn dabei auch nur verlangt wird, daß die Gegenstände oder ihr richtiger Wert zurückgegeben werden und von Gewinn keine Rede ist; der Empfänger scheint die Gegenstände selbst noch zu besitzen, da gesagt wird, daß er sich weigert, sie zurückzugeben. Ganz ausdrücklich finden wir in den lübischen Urkunden den Tatbestand erwähnt. Vgl. Rehme Nr. 14 von 1315:

> Cristianus de Klingenberghe tradidit Frederico de Parchem 20 libras Anglicorum denariorum, cum quibus ipse Fredericus mercabitur et medietatem lucri cum principali summa sibi tradita debet Cristiano applicare.

No. 18: Winandus Hamer tradidit Johanni Vinken 4 marcas denariorum, cum quibus negociari debet. Cum autem ipse Winandus voluerit, sibi restituet ipsas 4 marcas, et quicquid cum hiis fuerit lucratum, equaliter divident.

No. 22: Raymaro de Staden dedit Otbertus de Distelen

20 marcas denariorum ducendas versus mare sub amborum ipsorum eventu et fortuna.

No. 33: Notum sit quod Johannes Bard habet in bonis ad valorem 32 marcarum denariorum sibi per dominam Gretam relictam Morkerken traditarum, cum quibus super eventu dicte domine negotiabitur, et mediam partem lucri sibi assignabit.

No. 36: Arnoldus Lavyn fassus est, se habere 100 marcas denariorum sibi traditas per Arnoldum de Wildeshusen, cum quibus non in aquis, sed terris negociabitur, et medietatem lucri cum sorte principali, quando Arnoldus de Wildeshusen voluerit, sibi presentabit.

Nr. 40 werden 10 Mark in Silber übergeben ad negociandum cum eisdem sub fortuna et eventu utriusque; ebenso im Rigischen Schuldbuch (1319) Nr. 972: quas ducit ad lucrum ipsorum amborum.

Es wurde bereits angedeutet, daß Pauli (vgl. auch Hildebrand), Schmidt und Rehme annehmen, in allen Fällen, wo die Quellen von Sendeve sprächen, liege das hier bezeichnete Rechtsverhältnis vor und daß Rehme die Sendeve direkt als Gesellschaftsart betrachtet. Levin (a. a. O. S. 33f.) und Mollwo (a. a. O. LIV S.f.), dazu neustens Rietschel in Conrads Jahrb., III. Folge, Bd. 22 S. 150 betonen, daß, wo die Sendeve erwähnt werde, nirgends von einer gesellschaftsmäßigen Beteiligung die Rede sei und daß die Quellen scharf zwischen sendeve einerseits, companie und societas andrerseits scheiden. Was zunächst den letzteren Punkt betrifft, so ist richtig, daß in der Skra v. Nowgorod angeordnet wird, im 13. Jahrhundert: zu heben nien gut mit den . . in kumpanie un nicht ne voere to sendeve, 1346: an kumpanie ofte an sendeve — an kumpanie oder to sendeve, daß Gut nur einmal im Jahre gebracht werden dürfe dat zi an sendeve edder an kumpanie. Und auch in den späteren Rezessen und den Verboten des lübischen Rechts und anderer Rechte wird ausdrücklich untersagt, mit Fremden Gesellschaft zu haben, „noch sendeve hanteren bi vorboringe des guts“ oder: selschop noch kumpanie zu haben und an niemand sein Gut zu senden und zu befehlen außer ꝛc. (vgl. Levin a. a. O. S. 35f., Hans. Urkundenb. Bd. 3 Nr. 69, 76, S. 160, 574, 575, 593 ꝛc.).

Aber es muß dem gegenüber doch andrerseits hervorgehoben werden, daß in den angeführten Quellenstellen stets Sendeve und Kumpanie

unmittelbar neben einander, als etwas Verwandtes, behandelt werden und daß von einer Identität zwischen sendeve und kumpanie niemals die Rede sein kann: auch wenn man annehmen wollte, daß stets, wenn Güter in Sendeve gegeben werden, der Empfänger am Gewinn beteiligt wäre, so würde deshalb noch keine kumpanie und auch, wenn man doch moderne Begriffe anwenden will, keine Gesellschaft vorliegen. Ich habe in meiner Commenda, insbesondere S. 100f., ausdrücklich hervorgehoben, daß das Commendaverhältnis nach innen von den Grundsätzen des Mandats beherrscht wird (vgl. auch Lattes a. a. O. S. 167), im übrigen aber mit keinem der römischen Kontrakte zusammenfällt; insbesondere aber, soweit der portator nicht auch Kapital einlegt, keine societas enthält, sondern sich an die colonia partiaria geschichtlich und wirtschaftlich anschließt (s. oben S. 7f.). In der Tat ist die Commenda ein partiarisches Geschäft, wenn auch Crome in seinem Buch über die partiarischen Rechtsgeschäfte diese rechtsgeschichtlich so bedeutende Form nicht erwähnt. Wenn er aber S. 1f. die partiarischen Rechtsgeschäfte von der Gesellschaft sondert, wenn er ausführt, wie das partiarische Moment zu andern Rechtsverhältnissen, insbesondere auch zur Dienstmiete und zum Werkvertrag, hinzutritt (S. 23f., 32f.) und wie im Zweifel dabei (S. 154) gegen die Gesellschaft zu entscheiden ist, weil ein Verzicht auf die Beherrschung des Geschäfts durch den Arbeitgeber nicht zu vermuten ist oder, anders ausgedrückt, weil es nachgewiesen werden müßte, wenn alle Teilnehmer gleichberechtigt sein sollten, so trifft alles das hier zu. Vgl. auch Crome, System Bd. 2 § 257 Nr. 5 und Anm. 35 und Entscheidung des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift 1903 S. 16f.

Es wäre daher ganz in der Ordnung, wenn das partiarische Rechtsgeschäft und die kumpanie, die auch an sich noch nicht Gesellschaft im heutigen Sinne ist, neben einander, aber nicht als identisch aufgeführt würden. Entfallen aber die hieraus und aus dem Eigentum des Gebers am Sendegut geschöpften Gründe, so dürfte auch die weitere Behauptung, daß bei der Erwähnung der sendeve niemals von einer Beteiligung die Rede sei, nicht ganz zutreffen. Wenn in dem bereits erwähnten Testamente von 1330 gesagt wird, daß der Testator anerkennt: die 100 ℳ., die mein Herr Gheysmar von Erengisl erhielt, gehören meinem genannten Herrn, quia ipsas mecum habuit in bonis que theutonice zendevee nuncupantur, so braucht nur daran erinnert zu werden, daß

das habere simul (vgl. Rehme Nr. 12, Wittenborg I 7), habere cum .. die Beteiligung direkt andeutet. Auch wenn die Vollmacht im Hansischen Urkundenbuch Bd. 3 Nr. 76 vom 28. Juni 1346 zur Einhebung eines Gesellschaftsanteils lautet: weiter über tribus timber operis harwerkes ad sendeve et una torace super premissa eidem Lamberto commissis, so ist entweder der Harnisch nicht zum Verkauf oder aber er ist nicht gegen Gewinnanteil mitgegeben, sonst würde sich der Unterschied in beiden Fällen nicht rechtfertigen.

Ich nehme daher an, daß Sendegut bald gegen Gewinnanteil, bald ohne solchen mitgegeben wurde und daß für keines von beiden eine Vermutung spricht. Sind Waren zum „Biweren" gegen andere in Sendeve gegeben, so wird, wie schon einmal angedeutet wurde, ein Beteiligungsverhältnis nur dann möglich sein, wenn die ursprüngliche Ware von den Parteien abgeschätzt wurde, und in der Tat finden wir diese aestimatio sowohl in den obigen Urkunden (vgl. Rehme Nr. 33) wie beim hjáfélag des nordischen Rechts (Pappenheim a. a. O. S. 90, 95).

Es kann aber auch eine wirkliche Gesellschaft nach dem Willen der Parteien in der Weise gebildet werden, wie sie das Rev. Lüb. St. III 9, 1 schildert: „Machen etliche Gesellschaft mit einander dergestalt, daß einer oder mehrere Geld legen, der oder die anderen tun die Arbeit, wenn sie alsdann scheiden wollen, so nimmt derjenige, welcher das Geld geleget, den Häuptsteil zuvoren, den Gewinn teilen sie zugleich." Dann ist während des Bestehens der Gesellschaft das eingelegte Gut nicht wie bei der sendeve Eigentum des Gebers, sondern der Gesellschaft. So und nicht als ein Versehen des Schreibers (wie Rehme S. 372 Anm. 19) fasse ich es auf, wenn in der Urkunde Nr. 64 daselbst es heißt:

Notum sit, quod .. Arnoldus Lowe inante posuit in vera societate 800 aureos Lubicenses, contra quas Rudolphus Wellenborch nichil posuit, sondern er nahm die 800, mit denen er negociari et mercimoma ad utilitatem ipsorum amborum exercere muß. Wenn Rudolf inzwischen sterben würde, dann darf Arnold die 800 zunächst herausnehmen (preanticipare et levare), Gewinn und Verlust werden beide nach gleichen Teilen tragen.

Hier liegt eine über das gewöhnliche Sendeve-Verhältnis weit

hinausgehende, auf Lebenszeit des Rud. Wittenborg gegründete Gesellschaft auf Gewinn und Verlust vor.

Ebenso halte ich den Vertrag bei Pauli Bd. 1 Nr. 102f. (Nr. 10 bei Rehme) und den im Rigischen Schuldbuch Nr. 1329 für eine societas. Im ersten Fall werden 54 ℔ intra manus gegeben ad dimidiam acquisitionem et fortunam, ad quas ipse Godeco nichil posuit, während 18 last vacuarum tunnarum, die von der Frau des Commendators noch mitgegeben werden, von ihm selbst der Frau zu zahlen sind (doch wohl Gegensatz: nicht aus der Gesellschaft bezw. mit dem Gesellschafter zu verrechnen). Im 2. Falle heißt es: Siffridus Westphalus habet de bonis Johannis Wimann 20 m. arg. et dimidiam in societate quas idem Siffridus ducit; si perduntur, quod absit, dimidium sibi solvit; die ausdrückliche Bezeichnung und der Anteil am Verlust weisen auf die Gesellschaft hin, während bei der Sendeve das Gut dem Absender gehört, so daß dieser den Schaden an sich trägt. So wird sich auch die Urkunde Rehme Nr. 51 erklären, wo 2 Leute pariter 196 m. haben und zwar 98 als Gesellschaft, wogegen die weiteren 98 dem einen gehören „et negociantur in sendeve“.

Mollwo, der die Sendeve lediglich als Dienstvertrag und niemals als Gesellschaftsform anerkennt, gibt doch zu, daß zur damaligen Zeit in Lübeck Gesellschaftsverträge abgeschlossen wurden, bei welchen der eine Teil nur Arbeit im Handel leistete; er nennt diese Form societas im Gegensatz zur societas vera. Aber die beiden Stellen, die er im Wittenborgschen Handelsbuch dafür anzieht, sind, wie schon Rietschel a. a. O. S. 262 Anm. 1 bemerkt hat, wenig beweiskräftig: Die Konstatierung in I 6, daß Herm. Wittenborg noch 10 m. bei Nikolaus Grabow in societate hat, löst die Frage, welcher Art diese societas ist, nicht; nach dem unmittelbar vorausgehenden Eintrag I 5 besteht aber mit diesem Grabow eine societas vera, Wittenborg gab ihm 80 ℔ gegen 60 ℔ in societate. Ebenso liegt in II 236 eine societas vera vor, wie noch S. 40 und 49 zu zeigen sein wird.

§ 11. IV. Bildung einer Gelegenheitsgesellschaft durch beiderseitige Gütereinlage.

Wie im romanischen Gebiet die Entwicklung von der commenda zur societas weiterschritt, so auch in Deutschland. Wie sie dort für lange Zeit Gelegenheitsgesellschaft blieb — die gegenteilige Annahme

Mollwos S. L, welche sich angeblich auf Goldschmidt und Weber stützt, ist nach den Angaben auch dieser Autoren unbegründet, vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 264 f., besonders S. 266, Weber S. 19 f. —, so auch hier, Mollwo a. a. O., Rehme S. 376 und Anm. 33; wie sie dort zunächst für Reisen angewendet wurde und erst später und ausnahmsweise für Geschäfte in der Heimat zur Anwendung kam, so auch im Norden. Wie die Commenda-Urkunde bei Rehme Nr. 36 den Gegensatz scharf hervorhebt: cum quibus non in aquis, sed terris negociabitur und dabei ersehen läßt, daß die Regel war: in aquis, so zeigt auch die Urkunde Nr. 11 daselbst durch ihre von den andern abweichende Fassung, daß es sich um einen Ausnahmefall handelt: 2 Leute haben ihr Geld zusammengelegt, jeder 60 Mark Silber, „ad dimidiam fortunam et acquisicionem"; dieses Vermögen vertritt — gubernat — im Namen der beiden der eine, incidendo pannos in domo pannorum. Es wird auf den ersten Blick auffallen, wie diese Urkunde weit mehr Elemente der offenen Handelsgesellschaft enthält als die gewöhnlichen Urkunden über die societas maris: die Zusammenlegung des ganzen Vermögens, die Vertretung im Namen beider Gesellschafter, den Mangel des Gelegenheitsfaktors. Der gewöhnliche Fall der societas (maris) ist dagegen der, daß 2 Personen je Werte zusammenlegen, mit denen der eine zum Zwecke des Handels auf Reisen geht. Indem man diesem Tatbestand sowohl im Süden wie im Norden schlechtweg den Namen der Gesellschaft (societas, compania, cumpanie) beigelegt hat, ist es schwer geworden, die Tatbestände der gewöhnlichen Gemeinschaft, die ja auch noch bestand, von diesem speziellen Falle derselben zu scheiden. Und Rehme bezieht z. B. in unser Gebiet (S. 382) die Fälle, in denen 2 Leute gemeinschaftlich Renten oder sonstige Dinge kaufen (Urkunden Nr. 17 und 31). Tatsächlich dürften diese Urkunden direkt mit unserem Thema ebensowenig zu tun haben, wie wenn Herm. Wittenborg I 26 und 31 13 ℔ redditus mit andern hat, wenn ihm I 38 eine Forderung zu $^2/_3$ und einem andern zu $^1/_3$ zusteht, wenn seine Witwe Margarethe zusammen mit ihrem Sohne Johann 12 ℔ Renten auf einem Hause hat (I 53) 2c. — vgl. das Register unter Renten —, oder wenn bei Geldersen I 728 den Kindern von Ludeke Bekendorp eine Rente zusteht oder wenn Geldersen und Heyne Vorrat zu $^2/_3$ und $^1/_3$ ein Landgut kaufen (II 29). Dagegen wird es als eine societas im speziellen Sinn zu erachten

sein, wenn Geldersen 1392 cumpenige macht mit Helmighe Verskampe mit je 20 ℔ und letztere dann die 40 ℔ an cumpenigen legt mit 2 andern an das Klasterholz (vademholt). Auch in den nordischen Quellen war von Pappenheim (a. a. O. S. 98) die societas terrae schon beobachtet worden.

Im allgemeinen aber sind es ganz typische Formen, die wir für die societas im Norden wie im Süden antreffen. Um das Vorliegen dieses speziellen Tatbestands zu bezeichnen, nicht „weil derselbe ursprünglich die einzige Gesellschaft, die Gesellschaft κατ᾽ ἐξοχὴν begründete", wie Mollwo S. LI annimmt, sondern im Gegenteil, weil man die neue Form von andern Gesellschaftsformen abheben wollte, insbesondere aber von derjenigen, bei welcher der eine Teil nur am Gewinn beteiligt war, bezeichnete man sie als societas vera, recta, justa oder ähnlich. Dabei wird entweder

1. festgestellt, wieviel der Träger der Commenda selbst hat und der andere setzt dann in der Regel den gleichen Betrag, oft das Doppelte ꝛc. entgegen oder

2. beide Teile konstatieren, welchen Betrag sie zusammengelegt haben oder endlich

3. der Entstehungsvorgang wird gar nicht benannt, sondern einfach durch die Bezeichnung: in societatem, in veram societatem angedeutet oder durch die Anteilbezeichnung ersetzt ꝛc.

Zu 1. So heißt es in Urkunden Nr. 4 und 5 bei Rehme: Johannes de Ostwich (Wasmodus) habuit 16 (130) marcas argenti, ad quas ei posuit Volmarus de Atenderen (Cunradus de Atenderen) 32 (130) in veram societatem (in societatem). Ähnlich in Nr. 6, 15, 23, 24, 25, 26, 29, 32, 34, 38, 41, 42, 45, 46, 47, 49, 50, 54, 55, 56, 57, 62; in der schon oben S. 35 erwähnten Nr. 64 wird das zweifellos vorliegende Gesellschaftsverhältnis mit Hälfteanteil societas vera genannt, obgleich der eine Teil nichts einlegt. Bei der societas vera wird im Zweifel die Beteiligung zur Hälfte vermutet; vgl. Rehme Nr. 6: in vera societate — autem de quo dampno Gerardus terciam partem sustinebit; der Gegensatz, die Hälfte, ist als selbstverständlich nicht ausgesprochen.

Ganz ähnlich, wie dies in den Rehmeschen Urkunden geschieht, konstatiert Herman Wittenborg I 1: ego presentavi Johanni Boghenere 80 ℔ argenti contra 40 ℔ argenti super veram societatem,

I 2: 50 ℔ contra 50 ℔ super lucrum nostrorum amborum, I 4: 10 m, contra illas posui 10 m., I 14: 60 gegen 30 ad lucrum et periculum nostrorum amborum, I 15: zu dritt exposuimus 300 m. d. in veram societatem super lucrum et periculum nostrorum trium, ähnlich I 25. Finden wir bei der vera societas nach der Natur der Sache regelmäßig Geld als Einlage, so kommen doch auch wie bei der Sendeve Güter nach aestimatio vor, z. B. Rehme Nr. 59 in vera societate bona ad valorem 3200 marcarum Lubicensium denariorum. Daß für das Gesellschaftsgeld Güter angeschafft werden, ist ja Bestimmung, z. B. Rehme Nr. 60 handelt es sich um Güter, die für 559 ℔ angeschafft wurden (comparata et commutata), bei Wittenborg I 7 sehen wir aber auch, daß jeder Teilhaber zu seiner Einlage in Geld unum millenum lucisci operis, ein Tausend Pelzwerk, hinzufügt.

Das contraponere von Kapital führt im 14. Jahrhundert dazu, zur Bezeichnung des speziellen Rechtsgeschäfts das Wort societas ganz wegzulassen oder weiter zu erläutern und von composicio (Rehme Nr. 68), von societas mercimonialis et contraposicio (ebenda Nr. 70) zu sprechen; schließlich wurde für contraponere das deutsche Wort „widerlegen“, und für contraposicio „widerlegung“ gebraucht, Rehme Nr. 72 von 1427: societatibus, contraposicionibus mercatoriis seu wedderlegginge.

Wenn dann im L.U.B. Bd. 2 S. 910 1350 verboten ist, nene gheselscap noch wedderlegginge zu machen, so sind wiederum zweierlei Arten der Gesellschaft neben einander genannt. Eine generelle und eine spezielle. Dabei finden wir noch als den Sammelbegriff, dem Widerlegung und Gesellschaft unterstehen, cumpanie. Vgl. Verordnungen und Willküren der gemeinen Kaufleute aus dem römischen Reiche von Alemannien zu Brügge bei Sartorius Bd. 2 S. 399:[5]) Und hedde ock jenich man cumpanie mit den vorseiden manne, dat es to verstane als van wedderleghinge efte geselschap van copmanschepe. Sartorius Anm. 3 legt das Wort wedderleghinge hier zu eng als Hingabe von Geld gegen verhältnismäßigen Anteil am Gewinn aus, Neumann a. a. O. S. 8 Anm. 10 sagt gar, es bezeichne das laufende Konto und die von Zeit zu Zeit wiederkehrende Berechnung

[5]) Vgl. auch Statuten des hans. Kontors zu Brügge vom 20. April 1354 bei Höhlbaum, Hans. Urkb. Bd. 3 S. 574, 575, auch S. 160.

(also Folgezustände des Widerlegungsverhältnisses) und nach Bunge, Stadt Riga, 151 (Levin a. a. O. S. 31 Anm. 106) soll es vielleicht ein mehr dauerndes Handelsverhältnis im Gegensatz zu dem für ein einzelnes Geschäft darstellen. Die Unterordnung des Begriffs der Widerlegung unter den der Kumpanie ergibt sich aus den lübischen Statuten (Hach Bd. 2 S. 197): Widerlegt Jemand den Andern in Cumpanie ꝛc. Dabei ist auffallend, daß „ponere ad“ und „Widerlegen“ vorzugsweise im Verhältnis zwischen Herren und Dienern vorkommt, was man ja auch für die Sendeve ausschließlich angenommen hat. Die Rigische Bursprake von 1384 bestimmt, man solle weder deutsche noch undeutsche Knechte „holden efte wederlegghen“, de se kopslagen etc. Vgl. hierzu Stieda, Hans. venet. Handelsbez. S. 57 und 158 Anm. 37, letzteren Orts Quittung von 1437 über schulden to Venedic van wedderlecginge, selschop, rekenschoppen, copenschoppen (Faktoreiverhältnis). Rehme Nr. 23: Der famulus hat 5 ℳ, gegen die der Herr auch 5 ℳ setzt ꝛc.

Johann Wittenborg schreibt (unter II 3) auf: habe dan mime knechte Bertelde 5 1/2 tegen 5 1/2 ℳ in kumpenighe . . . nach dieser Zeit hatte Bertold 9 ℳ, dar dede ec eme integen 9 ℳ in cumpenie up unser twier win. Ebenso II 231: Bertold hatte 79 ℳ, da that ich ihm also viel entgegen in kumpenige auf unser 2er Gewinn, II 232: wörtlich gleich, für das nächste Jahr, nur hier: auf Beider Gewinn und Verlust.

Unter II 279 ist festgestellt: 1358 hatte Vincke mein Knecht 9 lüb. fl. und 17 d., da that ich Wittenborg ihm ebensoviel entgegen, und II 348 erhält derselbe Knecht gegen 10 aur., die er hat, 20 aur. entgegen in rekte kumpenie uppe win un vorlus.

Genau so ist es bei Geldersen. I 554 macht er eine cumpenyge mit Alerde seinem Knecht und seinem Scholar Wolder, sie hatten zusammen uteleght 30 ℳ, er tat ihnen entgegen 60 ℳ. Vgl. auch I 557 ebenfalls mit Alerde, allerdings ähnlich auch I 558 mit Hinrik Honnickesbuttle, der nicht erweislich (vgl. aber I 472 a. E.) Knecht war. Auch die Vereinbarungen mit dem Bruder Vicko werden nach diesem Muster als cumpenige mit der Konstatierung, wieviel dieser hatte, und wieviel zu bezw. dagegen gegeben wird, II 59, 66 aufgeschrieben, während die für das Geschäft Geldersens so erheblichen

Verbindungen mit Lüneborg und Soltow als societates bezeichnet werden, II 13, I 582, 583 ꝛc.

Ein besonders ausgebildetes System von Widerlegungen hatte aber der deutsche Orden mit seinen Dienern, Liegern und Wirten, die für längere Zeit bestimmte Summen gegen entsprechende eigene Einlagen erhielten und mit dem so zusammengebrachten Kapital Geschäfte auf eigene Rechnung betreiben durften, an deren Gewinn nach bestimmten Anteilen der Großschäffer des Ordens beteiligt war (Hans. Geschichtsb. 1877 S. 67, Sattler, Handelsrechnungen Einl. S. IX ff.), abgesehen von dem im einzelnen Falle bewilligten Kostgelde. So enthält das Rechnungsbuch der Großschäfferei Marienburg für 1404 unter der Aufschrift „Societas. Nota dys nachgeschrebene gut habe wir in wedirlegunge mit den nochgeschrebenen knechten; was sie haben, das ist halb unser und halb er“ eine Liste:

650 ℔ in gesalschaft mit Christ. Lobeschiez, Lieger zu Danzig, seit 1402.

290 ℔ mit Herm. Gral, Diener in Schottland, seit 1390.

200 ℔ mit Nik. Martinsdorp, Lieger zu Thorn, seit 1399 u. s. f.

Andere Widerlegungen dieser Art gehen in Dritteile (2 für den Großschäffer und 1 für den widerlegten Angestellten), so S. 65 f. Die Großschäfferei Königsberg gibt durchgehends dasselbe, was der Lieger, Diener ꝛc. setzt, so S. 143 f., 264 f., 292 u. s. w. So lange das Verhältnis dauerte, wurde bei den Abrechnungen konstatiert, daß die Widerlegung dabei nicht inbegriffen ist (S. 54), am Schlusse war sie dann zu berechnen (S. 184 unten, 279) und zu bezahlen (S. 286, 291/2). Daß beim Abzug gute Rechenschaft geschieht, dafür werden Bürgen gestellt (S. 292/3). Den Verlust trägt der Großschäffer auch mit (S. 292[26]). Bei Bezahlung wird ein Quittbrief ausgestellt (S. 462). „Die Kompanie zwischen meinem Herrn und mir von der Widerlegung wegen“ wurde z. B. S. 469 in der Weise beendigt, daß das „Hauptgut“ 652 ℔ geringen Geldes betrug, wovon auf jeden Teil die Hälfte traf.

Hierher gehört auch und ist keine „offene Handelsgesellschaft“, wie Schmidt S. 45 und 92 meint, die „vulle wedderlegginge“ von 1476 bei Pauli III Nr. 95: 871 ℔, wogegen der andere „so vele engegen hefft“; der eine soll es zu beider Bestem und Eventure zu Gewinn und Verlust brauchen.

Zu 2. Geht sonach diese erste Form von der Bildung des Gesellschaftsfonds aus, so erklärt die zweite einfach, daß ein bestimmtes gemeinschaftliches Vermögen vorhanden ist und den Teilhabern nach gewissen Anteilen zustehe, z. B. Rehme Nr. 13: Johannes habet 150 marcas, quarum medietas pertinet Emelrico et medietas reddituum inde proveniencium; Nr. 19: habent simul in societate inter Flandriam et Lubeken 1000 ₰, von denen jedem die Hälfte zusteht; Nr. 27: composuerunt ambo 100 ₰, von denen jedem die Hälfte gehört, zum halben Erwerb in vera societate; Nr. 30: die Güter, welche Hinricus de Caspele pro manibus hat und mit denen er handelt, gehören zur Hälfte einem andern; ähnlich Nr. 35.

Hier weiß man nicht, wie sich das Vermögen der Gesellschaft gebildet hat, und wenn auch z. B. in Nr. 43 unter allen Umständen die Rückgabe der Hälfte versprochen wird, so kann trotzdem jeder am Verlust beteiligt sein.

Es ist die gleiche Form, wenn Herm. Wittenborg (I 3) erklärt: Johannes Holt et ego habemus insimul 213 m. d. in vera societate. I 7: habemus insimul 213 m. in vera societate, und wenn im Niederstadtbuch 1333 Nr. 16a es heißt: habent simul in societate 1196 m.

Die dritte Form ist nur eine abgekürzte Bezeichnung.

§ 12. Die „offene Handelsgesellschaft“ Rehmes.

Rehme erblickt zwar nicht in der vera societas die offene Handelsgesellschaft, da für diese der gemeinschaftliche Geschäftsbetrieb wesentlich sei (S. 370), wohl aber in einer von ihm gefundenen dritten Form, die, wenn überhaupt bezeichnet, societas (quaedam) genannt werde, für die aber ein technischer Name fehle (S. 373 f.). Auch hierbei sind beide Gesellschafter mit Kapital beteiligt, aber der Handelsbetrieb geschieht nicht durch einen von ihnen, sondern durch beide oder durch einen oder mehrere nuncii oder famuli der beiden.

Aber, wenn man nun einmal in geschichtliche Verhältnisse Begriffe aus Gesetzen der jetzigen Zeit hineintragen will, dann muß streng darauf geachtet werden, daß sämtliche Merkmale dieser modernen Rechtsfiguren wirklich vorhanden sind. Nun findet Rehme, daß die „offene Handelsgesellschaft“ sicher vorliege in den Urkunden Nr. 8, 12 und 65, möglicherweise in Nr. 23 und 45. (Rehme S. 373.)

Was Nr. 8 betrifft, so liegt irgend ein Irrtum vor, die Urkunde, welche die Bezeichnung Nr. 8 trägt, kann für die offene Handelsgesellschaft nicht in Betracht kommen, wird auch von Mollwo S. LX nicht dahin gerechnet und enthält die ihr von Rehme S. 393 zugeschriebenen Worte: „specialiter extra societatem habet, que ei soli pertinent et in quibus non habet aliquam partem“ nicht. In Nr. 12 ist festgestellt, daß zwei Leute habent simul 1400 m. eis equaliter pertinentes, quibus bonis unus nuncius eorum nomine preest, in Nr. 65, daß der eine 400 m. posuit, der andere dagegen 60, der eine $^3/_4$ Anteil, der andere $^1/_4$ am Gewinn haben soll und dabei sind zwei Nebenabreden getroffen: 1. daß von der Summe zu 460 m. ipsi ambo et duo famuli eorundem expensas facere debent et non plures und 2. was einer von ihnen innerhalb oder außerhalb Lübeck kauft oder verkauft, soweit es das Wechselgewerbe betrifft, soll im Zweifel in dieses gemeinschaftliche Wechselgeschäft fallen. Nr. 59 und 63 bezeichnen sich selbst als vera societas, die Gesellschafter habent simul ... m. 23 haben wir als Widerlegung gegenüber dem famulus schon erwähnt: 5 gegen 5 m. des Herrn. Als das Kapital auf 27 m. angewachsen war, setzten der Herr und sein Bruder Hermann wieder 27 m. dagegen. Endlich in Nr. 45 haben zwei Brüder „simul“ 15 l., gegen die ein anderer 30 l. setzte, dagegen in dem von Rehme zur vera societas gerechneten Falle Nr. 44 je 104 m. in societate, que inter ipsos ducentur auf beider Gewinn und Verlust. In keinem dieser Fälle kann von einer „offenen Handelsgesellschaft“ die Rede sein. Daß das „habere simul“ zweifellos bei der Widerlegung gebraucht wird, gibt Rehme in Anm. 24 zu, ebenso, daß das Verhältnis zwischen Herrn und Diener die „offene Handelsgesellschaft“ ausschließt. Wenn zwei Brüder eine Summe Geldes hergeben, das beweist doch noch nicht, daß sie in „offener Handelsgesellschaft“ stehen. Daß der Unternehmer bei der Widerlegung sich der Gehülfen bedienen darf, gibt Rehme S. 382 ebenfalls zu. Verbleibt also als Besonderheit nur a) der Fall, daß beide Gesellschafter persönlich im Handel tätig sind oder im Namen der beiden ein Angestellter oder mehrere und b) die Nebenabrede 2 bei der Urkunde Nr. 65.

Zu a). Wenn das A.D.H.G.B. damals schon gegolten hätte und beide Gesellschafter im Geschäft tätig gewesen wären, so würde freilich viel für das Vorliegen einer „offenen Handelsgesellschaft“ sprechen.

Hier fragt es sich aber nur, ob denn nicht auch das Commenda-verhältnis möglich ist und ob die Natur dieses Verhältnisses durch den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb notwendig geändert wird. Nun habe ich bereits in meiner Commenda S. 112 für das romanische Gebiet darauf verwiesen, daß sowohl der Commendator als der Commendatar manchmal Arbeit leisten, und es ist im Const. usus von Pisa c. XXII ausdrücklich vorgeschrieben, daß, wenn der Kapitalist tractare adiuvit, er deshalb keinen Anspruch auf größeren Gewinn hat. In der genuesischen Urkunde Nr. 479 legen Laurentius und Ansaldus de Corsi je 40 l. zusammen in societatem. Diese portare debet Ansaldus in Siciliam. Sed et Laurentius, qui post eum iturus est, pariter inde potestatem habere debet, und dann teilen sie per medium. Wenn er aber nicht geht, dann soll Laurentius de rebus quas portat 20 gegen die 40 des Ansaldus gegen halben Gewinn setzen, die übrigen Gewinne und die Auslagen aber nach Verhältnis teilen. Die beiden schließen später unter Nr. 682 wieder eine societas: 50 gegen 65, hanc societatem ambo debent portare Siciliam et inde quo concordabunt, proficuum per medium. Sehr häufig und ganz dem Wesen der Commenda entsprechend ist ein gegenseitiges Verhältnis, indem jeder Sachen des andern trägt, insbesondere nach verschiedenen Orten, vgl. genuesische Urkunde Nr. 982 und besonders Nr. 355: 3 Personen kontrahieren societatem von 900 l.; von dieser tragen 2 je 564 bzw. 336, beide, wohin sie wollen, der eine davon trägt noch speziell 40 des Dritten. Auch Goldschmidt erwähnt in Universalgesch. S. 263, daß alle oder mehrere Kapitaleinleger zugleich schlechthin oder alternativ tractatores sein können. Arcangeli teilt in der Rivista italiana a. a. O. S. 162 eine interessante Commenda-Urkunde von 1399 mit: beide Teile legen Geld ein, der eine dazu suam personam, der andre personam fratris mei Thisij del Beltrame, für die Dauer einer Reise nach Istrien. In allen diesen Fällen ist nicht bezweifelt worden, daß es sich um Commenda-Verhältnisse handelt. Dabei scheint in den bei Rehme in Frage kommenden Urkunden der Nachdruck überhaupt nicht darauf zu liegen, daß gerade für die beiden Gesellschafter die nuncii tätig sein sollen, sondern darauf, daß im ersten Falle nicht mehr wie ein und im zweiten Falle nicht mehr wie zwei Diener gehalten werden (unus, non plures). Dabei ergibt sich aus diesen Urkunden keineswegs, daß der Diener auch nach außen im

Namen der Gesellschaft oder der Gesellschafter tätig sein sollte, während in romanischen Commenda-Urkunden auch dies ausdrücklich manchmal bedungen wurde (Genues. Urk. Nr. 713: implicare et uendere ad tuum nomen, 815 implicare separatim queque ad nomen cuius sunt, 652: promisit ipse wilielmus quod nomine oberti et enrici et suo pro parte quam in eo habet omnem hanc societatem vendet et implicabit) und umgekehrt wohl eine Vereinbarung nötig war wie ebenda 1396: sed ipsi partitores inde venditores esse debent. Aber weder in diesen noch in den deutschen Commenda-Urkunden ist darüber etwas ersichtlich, daß der tractans den andern Gesellschafter in der Weise verpflichten sollte, daß dieser unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen hafte. Darin aber beruht das Wesen der „offenen Handelsgesellschaft", und es ist das Verdienst der sonst verschieden beurteilten Adlerschen Schrift, dies für die Rechtsgeschichte klar erkannt zu haben. Die solidarische Verpflichtung entsteht aber in Südeuropa (Goldschmidt, Universalgesch. S. 272ff., Weber a. a. O. S. 44f.) wie in Nordeuropa (Adler a. a. O. S. 42f., Schmidt S. 3, 40f.) aus der familienrechtlichen Hausgemeinschaft bezw. der societas omnium bonorum,[6]) welche in der Hauptsache wohl auch nur unter Brüdern oder nächsten Verwandten üblich war. Erst in später Zeit, seit dem 16. Jahrhundert (Goldschmidt a. a. O. S. 289f.) sind die Grundsätze dieser compania auf die „voluntare" Handelsgesellschaft übertragen worden, bis dahin finden wir nur die Grundsätze der römischen societas bezw. der Commenda; gerade der auswärtige Faktor konnte der Natur der Sache nach nicht seine Kunden auf seine landfremden Auftraggeber verweisen, an ihn, nicht an diese hielten sich die Berechtigten, und so haftete vor allem er, selbst wenn er nicht socius war (vgl. Wagner a. a. O. Bd. 1 S. 13 und Anm. 21), die Haftung der Gesellschaft wird nur in Ausnahmsfällen praktisch geworden sein. (Vgl. Lepa S. 467, meine Comm. S. 88.)

Unter diesen Umständen ist es auffallend, daß Rehme gerade die einzige bereits oben als der „offenen Handelsgesellschaft" nahestehend charakterisierte Urkunde Nr. 11 nicht hierherzieht; bei ihr haben wir die Feststellung, daß die Gesellschafter suam pecuniam composuerunt, also doch wohl ihr ganzes Vermögen, daß dasselbe in domo pannorum

[6]) Vgl. Urk. v. 1331 im Mecklenb. U.B. B. 8, 207 Nr. 5237: 2 socii dicti Nachtraven fatebantur quod omnia bona .... ipsis ambobus pertinent.

incidendo von dem einen Gesellschafter nomine amborum verwaltet wird, Rehme schwächt auch das S. 389 als vereinzelt dastehende Wendung ab, es bedeute: auf beider Rechnung. Gewiß nicht, hier stehen wir zwar immer noch nicht vor einer „offenen Handelsgesellschaft“, wohl aber vor einem Rechtsverhältnis, wie es im Industriebetrieb beim Kontrahieren für die gemeinschaftliche Werkstatt schließlich zur unbeschränkten Mitverhaftung des Gesellschafters geführt hat.

Daß im übrigen die von Rehme beanstandeten Verhältnisse im Commendaverkehr des deutschen Gebiets häufig vorkamen, ergibt sich aus folgendem. Johann Wittenborg erzählt (II 83): ich und Thidemann Wise legten je 100 *M.* aus, das führte sein Geselle nach Reval up unser twiger eventure biwerende; Gegensatz II 106: 30 lib., die mich selbst angehen, soll Henneke Laurentius zu Brügge „upboren von miner wegene“, 22 lib., die Joh. Woltvogel und mich angehen, ein Andrer. II 179 wird Gut, das dem Wittenborg zu $^3/_5$ und Wise zu $^2/_5$ gehört, dem Reyneke v. d. Caspele in Sendeve gegeben, daß er es „up use eventure“ biwere. II 240 kaufen 4 Personen 15000 Pelzwerk, einer der 4 führt es „up use eventure“ nach Dortrecht.

Schon der Charakter des Gelegenheitsgeschäfts für die einzelne Reise spricht für die Commenda und gegen die offene Handelsgesellschaft. Wie lange bis zur Neuzeit derartige Verträge abgeschlossen wurden, ergibt sich aus einem solchen von 1500 bei Schulte a. a. O. Bd. 2 S. 94 aus dem Archivio notarile zu Mailand: Societas et compagniam inter sese fecerunt 3 Brüder de Petra und Martinus Penni Budensis de Ongaria. Beide Teile sollen verpflichtet sein, ire cum sotietate ad partes Ungarie und wohin es ihnen sonst beliebt, ad exercendum eorum personas in merchantiis. Die Gebrüder Petra tragen zu der Gesellschaft 400 *ll* bei, Penni, der offenbar die Einführung des Geschäfts in Ungarn zu besorgen hat und dessen Einlage darin besteht, nichts; die Brüder de Petra können auch eine andere Person an ihrer Stelle oder statt eines von ihnen mit Martinus senden. Ist die erste Reise gewinnbringend, so sollen die Brüder für eine 2. Reise 800 l. einsetzen. Lucrum et delucrum soll jedesmal zur Hälfte geteilt werden. Die societas soll 9 Jahre dauern.

Auch hier liegt, trotzdem beide Teile reisen, eine dem Commendaverhältnis entstammende Gesellschaft und nicht eine „offene Handelsgesellschaft“ vor. Gleiches gilt für den bereits erwähnten Gesellschafts-

vertrag aus dem Kreßschen Archiv von 1506 (Schulte Bd. 2 S. 269), wo auch die 4 Teilnehmer reisen, Jörg Kohler aber ist der Regierer, die Güter gehen unter seinem Zeichen, die andern Teilnehmer sollen ihm gefällig sein; die Beteiligung ist nach dem ganzen Inhalt des Vertrages auf die Einlagen beschränkt, die Herauszahlung an Erben ist ins Auge gefaßt, von der Möglichkeit einer Haftung über die Einlage ist nichts zu ersehen.

Erinnert sei hier schließlich an den Vertrag bei Pauli III Nr. 89: 3 Greverode legen 2000, 2000 und 1500 m. ein, Buschmann 180 m.; letzterer soll mit dem gesamten Gelde Kaufmannschaft treiben, mit Rat und Hülfe des einen Greverode, der sein hôvetman sein soll, und der ihn auch ganz absetzen und ersetzen kann, während er am Gewinn nach Abzug der Einlagen mit $^1/_{12}$ beteiligt ist.

Zu b). Was die Vermutung betrifft, daß alles in das Gesellschaftsgeschäft einschlagende auch wirklich für die Gesellschaft gekauft und verkauft sei, so findet Rehme darin eine auf den betreffenden Geschäftszweig beschränkte gegenseitige Vollmacht der Gesellschafter (S. 395). Ich kann die Stelle nur als eine der zahlreichen Sicherungen gegen Mißbrauch auffassen, wie sie sich in Commendaverträgen in Südeuropa und Nordeuropa finden. So z. B. finden wir schon im nordischen Recht (Pappenheim S. 110) die Vorschrift, daß der Unvermögendere sein gesamtes auf der Fahrt mitgeführtes Gut in das Geschäft einzulegen habe, so erklärt im Lüb. Niederstadtb. Nr. 71a 1360 ein Gesellschafter, gegen dessen Einlage ein anderer das doppelte in vera societate setzt, quod omnium bonorum suorum, ubicumque ea habuerit, duo denarii dicto domino Johanni pertinent, so erwähnt auch Rehme selbst S. 385 die Erklärungen in den Urkunden Nr. 5 und 55, außer der Einlage kein Geld zu besitzen und ohne Wissen des andern nicht anzunehmen. Das hatte nicht so sehr, wie Rehme meint (Anm. 66), den Zweck, Konkurrenzbetrieb des Unternehmers auszuschließen, sondern wie die hier fragliche Bestimmung die Bedeutung, Durchstechereien zu verhindern; wenn nichts sonst vorhanden ist und wenn alles, was in die von der Gesellschaft betriebene Sparte fällt, für sie gekauft und verkauft ist, dann gehört eben im Zweifel alles der Gesellschaft und Ausreden sind unmöglich.

Die Konkurrenzklausel ist, so lange die Commenda Gelegenheitsgeschäft ist, kaum denkbar, und in Genua z. B. nahm ja ein Commendator

Kommenden der verschiedensten Personen mit sich auf die Reise. In der späteren Entwicklung findet sich aber in Deutschland die Konkurrenzklausel. Z. B. in dem mehrerwähnten Vertrag von 1506 aus dem Kreßschen Archiv, aber auch schon in einem solchen von 1360 bei Lörsch, Aachener R.-Denkmäler und bei Lörsch und Schröder, Urkunden z. Gesch. d. Privatrechts Nr. 210. Gegen 600 swôirgolden legt Johann Heiffstrit 200 und einen Keller in eine Weinhandelsgesellschaft ein und verpflichtet sich, keinen andern Weinhandel zu treiben außer in dieser Gesellschaft.

§ 13. Die „modifizierte vera societas“ Mollwos.

Die lübische Zollrolle von 1225 unterschied (vgl. Hach I 114 de theoloneo hospitis) das ducere in societate von dem ducere alias pro libitu suo, 1348 wird der Unterschied deutsch ausgedrückt: voret en gast enes borgheres gut in kumpenye ofte van siner weghene allene. Nach unseren vorgegangenen Ausführungen handelt es sich um die beiden Formen, unter denen Gut anvertraut wird: entweder als Einlage in eine Gesellschaft, wobei der andere Teil sowohl selbst mit Kapital beteiligt sein als auch nur Arbeit leisten kann, oder als bloßes Anvertrauen von Sendegut; der Gast soll aber nur seine Sachen verzollen und nicht die des Bürgers, es wird also ein eigentliches Gesellschaftsvermögen als drittes Rechtssubjekt nicht vorausgesetzt, wir haben es mit der überall früheren Form, der der Commenda ohne Einlage des Gastes, also der bloßen partiarischen Beteiligung zu tun. Mollwo sagt hier (S. LX) unter nicht ganz richtiger Berufung auf Rehme, Kumpenye sei der technische Ausdruck für die vera societas, das „vel alias pro libitu suo“ werde durch den Zusatz „von siner weghene allene“ klar dahin, daß hier der Fall der societas vera gemeint sei, bei dem das Kapital in letzter Linie von einem Sozietär stamme: es sei diejenige Modifikation der vera societas, bei der auch die Form der Leihe oder prekarischen Schenkung des Kapitalanteils verlassen sei.

Diese Ausführungen sind um deswillen unrichtig, weil „kumpenye“ der allgemeinste Ausdruck für jede Gesellschaft ist, weil ferner das „ofte van siner weghene“ gerade in Gegensatz zu „kumpenye“ gestellt ist, also nicht einen Fall der societas darstellen kann, geschweige der societas vera und weil endlich nicht von der societas vera, der

doppelseitigen Gesellschaft, zur einseitigen, sondern umgekehrt von dieser zu jener der Weg führt; vgl. meine Commenda S. 32, Weber S. 22, Goldschmidt, Universalgesch. S. 260. Richtig ist, daß sowohl im romanischen Recht (vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 262 und die Anm. 90 sowie in meiner Commenda S. 111 Anm. 7 zitierten Stellen) wie in Deutschland die Einlage des portator ihm oft selbst wieder von Dritten oder vom Commendator geliehen ist, weshalb auch manchmal der Ausschluß einer weiteren (Unter-) Commenda ausdrücklich bedungen wird.

Hierher zu vergleichen Rehme S. 381 und die von ihm angeführten Urkunden Nr. 8, 28, 37 sowie der Eintrag im Kieler Stadtbuch Nr. 693: Johannes schuldet dem Heinrich 14 m., er fügt nun 7 hinzu und mercabitur mit dieser Summe ad proprios usus et usus Henrici auf ein Jahr. Auch Wittenborg und Geldersen leihen ihren Bevollmächtigten häufig das Geld zu den mit ihnen abgeschlossenen Widerlegungen; Wittenborg II 236: er hat 20 ℔, von diesen lehnt er dem Bertold 10 und gibt ihm die andern 10 integhen in kumpenie up unser twigher win un vorlus. Andererseits ist es ein übrigens sehr natürlicher Vorgang, daß der Bevollmächtigte zunächst einlegt, dann aber mit dem Gewinn aus der einseitigen Gesellschaft eine doppelseitige schließt, wofür Beispiele schon angeführt wurden.

Die Rechtsverhältnisse in bezug auf das anvertraute Gut.

§ 14. Die Einlagen.

Im folgenden sollen nunmehr die für Kumpanie und Sendeve aus den Quellen abzuleitenden Rechtssätze, soweit sie für die rechtsgeschichtliche Zurückverfolgung des heutigen Rechts von Bedeutung sind, erörtert werden.

Beginnen wir mit dem Rechte an dem anvertrauten Gute, so besteht ein Gegensatz, je nachdem wirklich eine Gesellschaft gebildet wurde oder nicht. Letzterenfalls ist das fremde Gut dem tractator anvertraut, sei es gegen festen Lohn, sei es gegen partiarische Beteiligung, sei es ohne Vergütung. Das Eigentum der anvertrauten Sache verblieb zunächst dem Hingebenden, er hatte als dominus auch die Gefahr, insbesondere der Seefahrt. Wurde das übergebene Gut umgesetzt, so trat dasjenige, was dafür empfangen bezw. wieder angeschafft wurde, an

die ursprüngliche Stelle, immer wieder mit den aus der Regel: casum sentit dominus für die Gefahrstragung sich ergebenden Folgerungen. Ich verweise gegenüber der Bezweiflung Goldschmidts in Universalg. S. 265 Anm. 103 auf die ständigen Formeln: porto de rebus tuis, accepi de rebus tuis Nr. 603ff. der genues. Urkunden, 491: profiteor portare 269 l. ingonis de uolta und in der von Goldschmidt selbst zitierten Urkunde Nr. 508 mit sogar ästimierter Hingabe: que quidem sunt vel erunt tibi esse debent, auf die ständige Gefahrstragung durch den Übergeber, vgl. Arcangeli S. 159, und die Formel portare ad tuum resicum Nr. 321 und oft der genuesischen Urkunden, implicare et reducere ad tuum resicum No. 343, ad eius euentum et fortunam No. 603. Ganz deutlich wird das, wenn dieselben Personen societas und commenda abschließen, z. B. genues. Urkunde Nr. 267 societas; ultra has debet recipere 90 tarenos ribaldi, 462: ultra de rebus boniiohannis etc. Genau so ist es im deutschen Recht, und aus diesem Grunde hat Rehme a. a. O. S. 387 Anm. 69 und vorher schon Pappenheim a. a. O. S. 95 das gleiche für das romanische Gebiet angenommen. Pappenheim weist insbesondere für das nordische Recht darauf hin, daß der portator gewisse Kosten aus dem Commendagut bestreiten darf, was übrigens auch für die romanische Commenda zutrifft.

Für das deutsche Recht ist zunächst auf Rehme S. 387f. zu verweisen, wonach in den lübischen Urkunden das Eigentum des Sendeguts durchweg dem Anvertrauenden verbleibt, während für die Gefahrtragung meist dasselbe gilt und sie nur in Ausnahmefällen im selben Verhältnis wie der Gewinn zwischen den Parteien geteilt wird, wobei zu beachten ist, daß es sich hier um Geldcommenden handelt, bei denen die Frage, ob nicht bereits wirkliche Gesellschaft vorliegt, schwer zu beantworten ist; bei Nr. 10 und 64 haben wir uns oben S. 35 für wirkliche Gesellschaft ausgesprochen, sodaß (gegenüber den Nr. 1, 30, 33) nur die kurze und nichtssagende Urkunde Nr. 22 eine Ausnahme bilden würde. Auch die Kombination von Sendeve und societas vera kommt vor und ergibt das gleiche: preterea Gherardus solus tradidit preter pecuniam pretactam 56 marcas denariorum sibi soli pertinentes, quas ducet ut sendeve (24), preterea ipse Tidemannus dicto Hinrico presentavit specialiter 80 m. arg. dicto Tidemanno soli pertinentes, ducendas per eum super lucro et

dampno solius ipsius Tidemanni (30), preterea 200 marcas nomine sendeve ducendas etc.

Auch Wittenborg behielt das Eigentum und die Gefahr der von ihm in Sendeve gegebenen Waren und Retouren, vgl. II 19, 21, 85 to sendeve auf mein eventhure, 103 (Zeichen der Ware angegeben), 179 (2 Miteigentümer, up use eventure), ebenso 268; ähnlich auch 267 (Wittenborg und Wise senden gemeinschaftliche Ware durch den Schiffer Russenbach nach Dorpat, Wise steht die eventure halb, obwohl er am fraglichen Schiff seinen Anteil nicht einlud, den sendet er mit dem nächsten fertigen Schiffe „up unser twiger win unde vorlus unde eventure"); bezüglich des Eigentums an den Retouren vgl. auch Hans. U. B. IV, 191, von Mollwo S. LXI Anm. 4 zitiert, ferner III Nr. 76 für das Eigentum am Sendegut. Als Geldersen (I 711) mit Plawe Güter nach England sandte und sie dem Kumpan Alstorpes Willer anvertraute, erklärte er: Wir beide Eigentümer stan use aventure aff. Verweist man noch auf das auch schon erwähnte Testament vom 6. April 1330: specialiter Johanni Gheysmaro pertinentes, so werden die Nachweise gewiß genügen, zumal ja schon der Begriff des Sendeguts für das Eigentum des Absenders spricht. Vgl. noch Levin a. a. O. S. 50, oben S. 17.

Dieses Eigentum verbleibt dem Geber, wenn der tractator nur in partiarischer Weise am Gewinn beteiligt wird; aber ein anderes Verhältnis tritt ein, wenn eine wirkliche Gesellschaft gebildet wird. Nunmehr entsteht ein Gesellschaftsvermögen, an welchem die Parteien nach vereinbartem oder gewohnheitsmäßigem Maßstab beteiligt sind und dessen Gewinn und Verlust sie nach gleichem Verhältnis tragen. Vgl. Rehme S. 388, die Urkunde Nr. 28 bildet nicht, wie Rehme meint, eine Ausnahme: die Gesellschaft soll halb und halb teilen, da aber der portator seine Einlage selbst wieder vom Kapitalisten entliehen hat, so soll dieses mutuum in Kraft bleiben und, wenn das ganze Geld verloren sein sollte, der portator wenigstens noch auf den Betrag des Darlehens haften.

Für das Vorliegen eines Gesellschaftsvermögens kann auf die klaren Ausführungen Rehmes verwiesen werden (a. a. O. S. 384/5).

Wie sich im Handelsleben die Negozierung eines solchen Vermögens gestaltete, ergibt sich am besten aus den Aufzeichnungen der Wittenborg und Geldersen sowie den Ordensrechnungen. Für jede solche

Gelegenheitsgesellschaft, und es handelt sich ja damals noch immer um solche, wird genaue Rechnung geführt, die Gegenstände, die mit Geld der Gesellschaft angeschafft sind, werden wieder für diese verkauft &c. Wittenborg II 321: 10 Centum molter, des horet uns to, Henneken unde mi W., 4 Centum das is gekomen vor de 50 Werwelese lakene, de andern de horet Henneken allenigen to; nun kommen die Ausgaben für jeden Teil, so auch II 323, 324 vgl. mit 240: wenn hier die einzelnen Teilnehmer zahlen, so wurde hier zunächst nichts eingelegt, sondern auf Kredit gekauft.

II 339: Ich und Albr. Woltvogel haben ein Tuch von Löwen für 12 m. verkauft, davon habe ich 9 m. empfangen, und diese gehören zur Hälfte Arnold, und alles Tuch, das ich verkauft habe und das, wie in diesem Buche steht, Arnold halb gehört, kommt von dem Werk, das wir zusammen hatten zu Dortrecht.

Genau so verzeichnet Geldersen immer wieder die Zugehörigkeit zu den einzelnen Gesellschaften: pertinet in societatem Alberti Luneborghes I 23, 31, 139—141, 156, 162, 166 etc.; I 70: dimidietas pertinet in soc^{m} Bernardi Maken, 13 Körbe Feigen verkauft, 4 davon gehören in die Gesellschaft Lüneborg und Maken; I 215: von 2 Tüchern gehört eins in die Gesellschaft Lüneborg und Albert Soltow; 231: von dem vorerwähnten Gelde habe ich Alb. Soltow 6 ℔ in seine cumpenie abgegeben; 277: vom Preis zu 48 gehören 23½ dem Alb. Soltow &c.

Ganz ähnlich werden bei Sattler a. a. O. neben den direkten Einnahmen des Großschäffers diejenigen unterschieden, welche in die societas mit Dienern aus der Widerlegung fallen. Z. B. S. 258: schuldet 2 Harras, die gebrochen an den Harrasen in unserer kumpanye, die Knoke handelte, d. i. zu unserm Teil 1 Harras, denn die k. ist unsir halb., so auch S. 187, 188, 207: schuldet von unserer Gesellschaft wegen. S. 212: Schaden von einem unrechten Urteil, von unserer Gesellschaft wegen 170 ℔ preuß.; was wir uns an der Stadt erholen können, sollen wir mit Knoken behalten, der 5. Teil soll gehören Johannes Volprecht, während Knoke, der unser Diener war, 1090 ℔ schuldet.

Aus den Handlungsbüchern von Geldersen und Tölner ersieht man dann — die Ansätze sind auch bei Wittenb. sichtbar —, wie diese einzelnen Gelegenheitsgesellschaften nahezu unter denselben

Personen immer wieder erneuert werden, sodaß der Schritt zu einer Gewerbsgesellschaft, die dann aber immer noch eine societas certae pecuniae blieb, nur ein geringer war.

Die Gesellschaft Geldersens mit Lüneborg, die schon vor 1370 bestanden hatte, wurde in diesem Jahre auf halb und halb erneuert (II 13) und läßt sich bis 1379 nachweisen — Einleit. S. XLIV. 1373 schloß Geldersen eine Gesellschaft mit Albert Soltow $^2/_3$ gegen $^1/_3$, während Soltow selbst wieder in Compagnie mit Lüneborg stand; ähnlich muß es mit Bernhard Maken der Fall gewesen sein (I 75); daneben laufen dann die Widerlegungen mit den Dienern, mit Johann von Stade (I 556), zwischen den Brüdern (II 59) 2c.

Das Tölnersche Handlungsbuch ist eine Abrechnung über 7 Packen Tuch, die zwischen 1345 und 1350 von Flandern nach Rostock bezogen wurden: Der erste gehörte dem Johann Tölner und seinem Sohn Hennekin, dem Arnold Copmann, einem Schwager des Johann Tölner, und dessen Schwager Edeler Witten, ipsis equaliter, ebenso der zweite; der dritte dem Johann Tölner, Arnold Copman und Edeler Witten; der vierte den gleichen, hier mit dem Zusatz: ipsis equaliter; der fünfte dem Edeler, dem Johann Tölner und Arnold Copman; der sechste und der siebente den gleichen. Die Kosten der Ware werden angegeben, dieselbe wird verkauft und der Gewinn nach Abzug der Kosten verteilt. Ist einer der Teilnehmer der hôvetman, wie wir ihn im Lübecker Stadtbuchseintrag bei Pauli III Nr. 89 gefunden haben und wie er dem Regierer der Gesellschaften entspricht, dann wird sich eine Gesellschaft wie die Tölnersche, die durch das Familienband schon zusammengehalten ist, in eine offene Handelsgesellschaft verwandelt haben oder es konnten doch deren Grundsätze auf sie angewendet werden, wofür auf Sachsenspiegel und die ihm folgenden Rechte, Goslarer Statuten, Rechtsbuch nach Distinktionen und Pölmannsche Distinktionen zu verweisen ist (Schmidt a. a. O. S. 40 ff.), während zu dem Übergang von der Gelegenheitsgesellschaft für einzelne Reisen auf die Handelsgesellschaft, insbesondere die Aktiengesellschaft Ehrenberg II S. 526 zu vergleichen ist, sowie die von ihm zitierten Arbeiten von Lehmann und Schmoller.

Ist so die societas certae pecuniae insbesondere unter dem Einflusse des französischen Rechts allmählich zur Kommanditgesellschaft herausgewachsen (Goldschmidt, Universalgesch. S. 269 und meine Commenda S. 3 ff.), so hat auch die Hingabe des Guts zur partiarischen

Beteiligung ohne Eingehung einer societas, also die eigentliche Sendeve, eine interessante Entwicklung in Deutschand durchgemacht.

Wir sehen bei Johann Wittenborg, wie er das Vatergeld seines Sohnes Herman im Geschäfte arbeiten läßt — II 78: de hort mime sonen Hermen to, dat is sin wadderghelt, 168: dat was mimes sones waderen ghelt, 205: de horet mime sone Henneken to, vgl. auch ähnlich 279 — und es deshalb in sendewe gibt, nur als Kapitalsanlage; wie er, als er seinem Versprechen nicht nachkommen konnte, für Arnold Bardewichs Rechnung Silber ostwärts zu senden, des Winters Not willen, ihm hat 40 m. Preuß. „ane laten", ebenso 20 m. für seinen Knecht Bertold, die er ihm schuldig war, des scolen se er eventure stan mit mineme na pennichtalen; es liegt also auch hier verhältnismäßige Beteiligung vor.

Ähnlich hat Geldersen die ancilla nostra Wobeke I 284, die Magd Mechtild I 9, 20, 45, 55, 57, 111, 142, 163 (unserer alten Magd), 164 und den Sohn (I 282 und sonst), sowie Andere an seinem Geschäfte beteiligt, „um die Ersparnisse nutzbringend anzulegen". Aber auch die Commenden und Widerlegungen der Diener, Lieger und Faktoren wurden allmählich, je mehr die Gefahren und Risiken der Reisen abnahmen, ihrem Wesen nach Einlagen zu vollem Gewinnanspruch, „ohne daß diese Personen selbsthaftende Gesellschafter wurden", Ehrenberg I S. 383. Und wie die Angestellten, Verwandten und Freunde des Hauses, so drängten sich allmählich auch die Fremden an die oberdeutschen Gesellschaften, deren Einlagen verkauft und verpfändet wurden (für die Mundprat und die große Ravensburger Gesellschaft Schulte S. 611 f., besonders S. 634, II S. 246, 261: Hans Albrecht hatte seine Habe den Huntpissen getraut, 219: Verkauf einer Einlage von 1800 rh. fl. „mit allem Gewinn und Gerechtigkeit"). Neben der partiarischen Beteiligung finden wir dann auch feste Verzinsung der Einlagen (Schulte I S. 669, Ehrenberg I S. 212 nach Clemens Sender: „Zu Ambrosius Höchstetter haben Fürsten, Grafen, Edelleute, Bürger, Bauern, Dienstknechte und Dienstmägde gelegt, was sie an Geld gehabt haben, und er hat ihnen dafür 5% bezahlt" S. 383 und 392 daselbst), freilich auch (ebenda Anm. 9) z. B. bei der Gesellschaft der Führer und Schlüsselfelder in Nürnberg 1538 das Bestreben, „die Fremden von sich zu tun" und bei der Gesellschaft der Haugs 1557 den Beschluß, alle Fremden vom Anteil an Gewinn und Verlust auszuschließen; bei ihnen

waren 8 Handlungsdiener beteiligt 1531 mit 7414 fl., 1533 mit 9820 fl., 1535 mit 28991 fl. (Ehrenberg I S. 229).

So hat sich aus der partiarischen Beteiligung im wesentlichen die stille Gesellschaft auch in Deutschland entwickelt.

§ 15. Das Beteiligungsverhältnis.

Erhielt der portator bei der romanischen commenda durchgehends die quarta proficui und bei der societas maris die Hälfte, indem hier der Commendator gewöhnlich doppelt soviel Kapital einsetzte wie der tractator, des letzteren Arbeit aber wieder zu $^1/_4$ gerechnet wurde, so stehen uns für die Sendeve mit Gewinnbeteiligung keine Zahlen zur Verfügung, bei der vera societas wird aber das gleiche Verhältnis als Regel betrachtet werden müssen, wobei der Umstand, daß manchmal beide Teile gleich viel Kapital einsetzen, so aufzufassen sein wird, daß dann beide eben für die Gesellschaft tätig sind. Rehme behandelt getrennt die Kapitalbeteiligung (S. 383) und die Teilung samt Anteil am Gewinn (S. 390), beides steht aber im engsten Zusammenhange; dabei ist zu scheiden der Anteil am Gesellschaftsvermögen während des Bestehens der Gesellschaft, soweit eine wirkliche societas vorliegt (so wird „societas vera“ entstanden sein), von der bloßen Berechnung des Gewinnstes, wie es das partiarische Geschäft erfordert. Die Konstatierungen der Urkunden Nr. 2, 12, 13, 19, 25, 27, 30, 35, 59, 60, 63 bei Rehme ergeben deutlich, daß das Gesellschaftsvermögen jeder Zeit jedem der beiden Teilhaber zur Hälfte gehört — dimidium pertinet, totum equaliter pertinet, dimidietas uni, dimidietas alteri pertinet etc. Damit ist der Hälfteanteil an Gewinn und Verlust von selbst gegeben. Vorausgesetzt ist dabei ein gleiches Beteiligungsverhältnis, sei es daß beide arbeiten und gleich viel Kapital einlegen oder daß nur der eine Arbeit leistet und diese einem Viertel des Kapitals, wie bei der romanischen Commenda gleichgestellt wird, z. B. müssen Witwen und Waisen immer das Doppelte einlegen (41: relicta et pueri Gherardi, 42: procuratores puerorum, Seyhebodonis nomine ipsorum puerorum, 49 Brand nomine suo et matris et fratrum suorum sibi duplum tradidit). Sind es mehr Teilnehmer, erhält jeder den entsprechenden Teil wynnide myd deme hovetstole. Pauli a. a. O. III Nr. 90. Legt der Kapitalist das

duplum ein und wird die Arbeit des anderen nicht gerechnet, so wird Kapital und Erfolg nach 2 : 1 geteilt.

Dieses Beteiligungsverhältnis (x oder 2 x : x) ist nicht nur bei diesen lübischen Urkunden als Regel festgehalten worden. Vgl. Wittenborg I 1 : 80 gegen 40, I 2 : 50 gegen 50, I 3 : zusammen 63, 2 denarios contra unum denarium (duos denarios contra unum bei Rehme Nr. 56 und 57),[7]) also 42 gegen 21, I 4 : 10 gegen 10, I 14 : 60 gegen 30, II 231 : 80 gegen 80, Geldersen I 554 : 60 gegen 60, II 13 wieder: dimidia pars pertinet; die Widerlegungen des deutschen Ordens sind bereits erwähnt. Vgl. aber z. B. noch die Urk. v. 1426 in den Hansischen Geschichtsblättern 1874 Nr. 1: 50 Bremer Mark gegen 25 Bremer Mark dessen, der das Geld unter Handen hat uppe unser beider winninge und eventure mit dem lüb. Nieder-Stadtbucheintrag (1360) bei Mollwo S. 85: omnium bonorum duo denarii Johanni, tercius Benchino ita quod vom lucrum ebenso 2 denarii Johanni etc. eodem modo dampnum equaliter sustinebunt. Nun standen aber natürlich häufig Summen in Frage, die sich nicht gerade auf dieses Beteiligungsverhältnis zurückführen ließen. Da bot in der älteren Zeit die Sendeve ein bequemes Auskunftsmittel, indem der überschießende Teil nicht mehr in die societas, sondern außerhalb derselben als persönliches Eigentum des Commendators hingegeben wurde. Auch als man sich an die Sendeve nicht mehr erinnerte, wurde für diese überschießenden Beträge meist streng das Verhältnis des Anvertrauens festgehalten und konstatiert: nec lucrant nec amittunt. Diese Beiträge mußten daher bei der Teilung vorerst abgezogen werden, sie sind „antea", „vor", „empfor" gegeben, und dieses Verhältnis der preanticipatio läßt sich durch das ganze Mittelalter hindurch verfolgen. Von den Urkunden bei Rehme vgl. man Nr. 30: außer der societas 80 m Tidemanno soli pertinentes super lucro et dammo solius ipsius Tidemanni, 38: specialiter extra societatem 12 m., 41: preterea specialiter 200 m. nomine sendeve ducendas, 42: item ad hanc societatem ipsi concesserunt Hinrico 100 m., 60 : 31 m. preanticipare ex dicta eorum societate, 66 : 1000 Conrado soli in antea et residuum ipsis ambobus equa sorte mercimoniali. Einen ähnlichen Erfolg hat es, wenn der Kapitalist

[7]) Vgl. Geldersen I 557: da horet my van de 2. pennig unde eme de dorde.

der Gesellschaft noch ein Darlehen gibt, z. B. ebenda Nr. 29: mutuo 100 marcas quas preanticipabit, Pauli Bd. III 97: gelendes geld und winning.

Ebenso ist es im Wittenborg'schen Handlungsbuch. I 5 : 80 gegen 60; ego 20 m. ante recipiam quando dividatur, I 7 : 213 zusammen, Wittenborg 71 vor, also 142 : 71, I 15 : 3 je 100, außerdem Wittenborg 100 im voraus, wobei er die 200 von dem campsor Marquardus, dem einen Teilnehmer, entlehnt, I 25 : 3 à 300, ad hoc ego 100, quas ante recipere debeo, Mollwo S. 77 aus dem Niederstadtbuch 1333: quas quidem 1190 m., quando dividere voluerint, Johannes de eis preanticipando tollet 150 m. Weiter Wittenb. II 5: boven de kump., de schelen nicht winnen unde nicht vorlesen.

Ganz gleich auch bei Geldersen. II 13: hinc superius concessi sibi 100 in eandem societatem que nec lucrant nec amittunt; I 582 : 200 gegen 100; preter hanc exposuit Vicko 50, quas concessit in societatem prenominati. De hiis 50 nullum lucrum nec dampnum, sed quando prefatam societatem dividere voluerint, tunc inprimo V. accipere debet 50, vom Rest der eine duos denarios, der andere tercium. II 59: Was mein Vater besunderghen hatte buten Wolders unde Vicken cumpenige, lehnt 100 m in die Gesellschaft, die tuvoren afgheven sollen.

Wenn 2 denarii contra unum gesetzt sind, so gibt wohl auch der Kapitalist weiteres Geld super lucrum nostrorum amborum als partiarische sendeve (Wittenb. I, 3) zuvor.

Wenn daher das Münchner Stadtrecht von 1347 bestimmt, daß das Gut, welches der Fremde einem Bürger auf Gewinn gibt, versteuert werden soll; doch ob der auzman dem burger ein gut empfor laet ân gewin durch Lieb und Freundschaft, das soll man nicht versteuern, so ist damit offenbar dieser vorgegebene Teil gemeint, qui non lucrat. Zink (Chroniken deutscher Städte, Augsburg 2. Bd. S. 133) verspricht sich in die Gesellschaft zu Hansen Meusing; dieser gab ihm 60 fl. zu Lohn und legte ihm 200 fl. „empfor" in die Gesellschaft. Lucas Rem unterscheidet (Greiff im 26. Jahresb. des hist. V. von Schwaben S. 32 und 34) wiederholt dasjenige, was in eine Handelsgesellschaft zu „vollem Gewinn und Verlust" und das, was „bevor" eingelegt ist.

So wird nun wohl auch die Vorschrift des lübischen Rechts (Hach II 197) verständlich: Widerlegt jemand den anderen in companie, so wane se schichten scholen, is dar Hauptgut und Winnung, so schal he to voren upboren, dat he to voren hevet ut gheleghet, dat andere scholen se like delen; Verlust soll nach Markzahlen getragen werden. Rehme hat das so aufgefaßt (S. 391), daß in der Regel nur der Gewinn geteilt wurde, selten — er führt nur Nr. 25 an — das Gesellschaftsvermögen. Die statutarisch vorgeschriebene Teilungsart sei, daß jeder socius seine Einlage vorweg zurückerhalte,[8]) das sei auch im Zweifel anzunehmen, und werde bestätigt durch die Urkunden. Das Gegenteil ist richtig. Wo eine wirkliche societas vorliegt, muß auch das Gesellschaftsvermögen geteilt werden, so schreiben es auch die Statuten vor; vorweggenommen soll nur das werden, bezüglich dessen dies vereinbart war, im übrigen wird nach Köpfen geteilt: dem entspricht vollständig, daß der Verlust anteilsmäßig, nach Markzahlen, auf das ganze Kapital ausgeschlagen wird. Das bestätigen denn auch die Urkunden, wenn man annimmt, daß alles, was dem einen zur Hälfte gehört, ihm natürlich auch hinauszugeben ist, vor allem aber die Abrechnungsurkunden, z. B. Rehme Nr. 66: von 1350 sind 1000 in antea, der Rest gehört beiden nach gleichem Handelsteil. Urkundenb. der Stadt Lübeck IV Nr. 308: Bei der Teilung cuilibet dimidietas debitorum.

Der Kapitalist, welcher erheblich mehr einlegen wollte als sein Gegenteil, schloß, ganz wie bei der romanischen Commenda, auch wohl eine mehrfache societas, indem er zunächst gegen die Einlage des Teilhabers setzte, dann gegen das so gebildete Gesellschaftsvermögen. Rehme will in diesem Vorgang die Bildung einer neuen Gesellschaft erblicken und setzt ihn dem Fall gleich, wenn der portator aus der Sendeve Verdienst erzielt hat und nun diesen in wahre Gesellschaft setzt. Beide Fälle sind aber ganz verschieden. Im ersteren wird, ehe noch die zuerst gegründete societas ins Leben getreten ist, sofort mit ihrem Kapital gegen eine weitere Einlage ein größerer Gesellschaftsfundus gebildet, tatsächlich ist häufig nur der letztere beabsichtigt, was vorhergeht, ist sukzessiver Gründungsvorgang. Z. B. Rehme Nr. 46: zuerst 48½

---

[8]) So auch Stobbe in der Z. f. d. ges. Handelsrecht Bd. VIII S. 53, welcher aber doch an Hach III 183 erinnert, wonach auch der Gewinn nach Markzahl zu teilen sei.

gegen $48^1/_2$, das wird zusammengerechnet auf 87 (!) und dagegen wieder 87 gesetzt; Nr. 50: 6 gegen duplum = 12, dann gegen die 18 weitere 18; Nr. 54: 50 gegen 50, gegen diese 100 weitere 100 und zu diesen 200 gibt der Kapitalist noch 40, que nec perdere debent nec lucrari. Ein anderer, aber ähnlicher Vorgang ist es, wenn der Träger einer societas diese selbst wieder gegen eine gleiche Summe in societatem setzt, so z. B. Nr. 32 und 34, wo Johannes von Raceborch 2 verschiedenen Leuten 100 m, die er selbst mit Herman Mornewech in societate hat, gegen 100 m widerlegt.

Dagegen fällt die Gründung der societas durch den tractator, der sich bei der Sendeve oder einer andern societas Geld verdient hat, in die Zeit nach der Liquidation der ersten Beteiligung; vgl. Wittenborg II 3: na defser tit so hadde Bert. 9 m., dar dede ic eme integen 9 m. Rehme Nr. 23: 5 gegen 5, die 10 erhöhten sich mit Gewinn auf 27, dagegen wieder 27; Nr. 66: Abrechnung über eine societas; has autem 1400 ℔ ipse Otto Obtinchit in vera societate.

Wenn nun trotz aller dieser Mittel, preanticipatio, Bestellung einer weiteren societas, Darlehen usw. ein gleiches Beteiligungsverhältnis sich nicht erzielen ließ, dann erübrigte nichts als besondere Vereinbarung, und in solchen Fällen lag es dann allerdings nahe, zu bestimmen, daß jeder seine Einlage zurückerhält und der Gewinn nach bestimmtem Verhältnis geteilt werden soll. Rehme Nr. 26: 40 gegen 318, jeder die Einlage, der Gewinn $^2/_3$ und $^1/_3$; Nr. 65: 400 voraus gegen 60, Gewinn $^3/_4$ und $^1/_4$; auf die besondere Vereinbarung beruft sich ausdrücklich Nr. 62, wo 200 gegen 100 gesetzt werden (vgl. ebenso Kieler Stadtbuch 14 gegen 7, ersteres Forderung des Kapitalisten an den tractator, der die 7 entgegen setzt), wo aber der ganze Betrag abgezogen und nur der Gewinn geteilt werden sollte. Die letztere Art der Verteilung kam selbstverständlich beim partiarischen Geschäft allein in Betracht.

§ 16. Verhältnis nach innen.

I. In den romanischen Ländern wurde die commendatio begründet durch Hingabe der anvertrauten Sachen, die societas durch die Verabredung der Parteien, die erstere war Real-, die letztere Konsensualvertrag (meine Commenda S. 95 und 107). Es wird das auch für Deutschland zutreffen. Rehme S. 378 und 381 glaubt zwar, daß auch die wedderleginge erst durch das Zusammenlegen des Kapitals

begründet werde, das Gegenteil ergibt sich aber nicht nur aus denjenigen Urkunden, in welchen auf die Eingehung der Gesellschaft der Hauptnachdruck gelegt wird (Geldersen II 13 feci societatem, II 59 makede cumpenyge u. s. w.), sondern in einer Urkunde des lübischen Niederstadtbuchs von 1366, Mollwo Nr. 71 a S. 84/85, wird ausdrücklich erklärt: Notum sit, quod Beneke Dartzewe presens ad librum recognovit manifeste, se in vera societate promisisse 10 m. d. lub. et 13 sol. d., contra quas dominus Johannes Wittenborch promisit 20 m. et 26 sol.

II. Im übrigen wird, auch hier wieder ganz wie in den romanischen Ländern, bei Sendeve und Widerlegung das Verhältnis zwischen dem Handeltreibenden und dem Einleger vollständig durch die Grundsätze des Mandats beherrscht; ist ja hier derjenige, welcher auswärts tätig ist, so häufig der Diener des Einlegers und muß dann natürlich um so mehr den Anweisungen des Herrn folgen. Wenn daher im Süden manchmal bestimmt wurde, welche Waren angeschafft werden sollten, so erhielten die Sendeve-Bevollmächtigten in dieser Beziehung durchgehends genaue Weisungen (Wittenborg II 302: de scal it mi dar biweren an gersten unde an molte, II 152: scal he mi biweren an wande u. s. w.).

Bei der cumpanie wurde auch zugelassen, daß der tractator sich vertreten lassen könne z. B. Wittenborg II 83: Das führte sein Geselle weg nach Reval.

Sieveking, Aus venetianischen Handlungsbüchern, in Schmollers Jahrbüchern Bd. 25 und 26, letzteren Orts S. 192 hat auf die Bedeutung der Commenden für die Buchführung aufmerksam gemacht. Auch die Wittenborg, Geldersen usw. wurden hauptsächlich durch ihren Gesellschaftshandel zu Aufzeichnungen veranlaßt (Mollwo S. XLIII), und andrerseits mußten auch sie ihre Bevollmächtigten zu genauer Aufschreibung verpflichten, damit sie deren Tätigkeit kontrollieren konnten. Ausgebildet war diese Verpflichtung schon bei den Angestellten, insbesondere den Liegern, der Großschäffer des deutschen Ordens: die flandrischen Liegerbücher bilden einen erheblichen Teil der von Sattler herausgegebenen Rechnungen und wir sehen hier genau, wie von Zeit zu Zeit der Großschäfferei die Abrechnung übersandt wird und wie insbesondere auch über die für eigene Rechnung des Liegers mit Gesellschaftsgeld gemachten Geschäfte genaue Rechnung geführt wird (s. Sattler a. a. O. S. 317—319).

Hierher sind anzureihen die mehrfach erwähnten beiden Gesellschaftsverträge bei **Schulte** Bd. 2.

In dem einen (a. a. O. S. 99) von 1500 zwischen den Brüdern de Petra und dem Ungarn Martinus Penni heißt es: Quod dictus d. Martinus teneatur tenere unum librum et dictus Johannes unum aliud librum, super quibus libris anotentur lucra et delucra et expensae.

Im Koler-Kreß Vertrag (ebenda S. 269) ist dem Regierer der Gesellschaft die Verpflichtung auferlegt, die Rechnung zu halten und den andern Gesellschaftern wenigstens einmal im Jahre zu geben, Ambrosius aber, der das Geläger zu Mailand für die Gesellschaft zu halten hatte, mußte davon die Rechnung halten und dem Koler mindestens einmal im Jahr überantworten, „als man rechnung haben wil“.

Mit der Verpflichtung zur Buchführung steht, wie wir hiernach sehen, diejenige zur Abrechnung,[9]) und mit der letzteren die Dauer des Verhältnisses im engsten Zusammenhang. Ursprünglich, als Waren und dann Geld für eine Reise mitgegeben wurden, mußte nach der Heimkehr Rechnung erstattet werden. So sind denn auch die Abrechnungen bei Wittenborg eingetragen z. B. II 24: Da Bertelt von mir fuhr, kaufte er eine Last Salzes usw., darauf II 26: wittelic si, dat al de rekeninge is dot tusschen Bertelde unde mi, mer 21. s. is he mi sculdich. Ebenso II 34 bezüglich des Lavarse von der Borse. Wenn dann Bertolt van mi vor to Flandren, to hus quam van Scone, da folgen dann wieder Abgleichungen und Feststellungen wie: Das kam wieder an Wachs oder: Dar hevet he mi weder vore brocht 4 schones werkes und $2^1/_2$ timmer lasten (II, 103), de hevet he mi biweret an Cortrikesscen lakene, de mi an comen na Paschen mit den ersten scepen (II, 106) u. s. w.

Bei Geldersen sind neben diesen Abrechnungen die eigentlichen Gesellschaftsverhältnisse schon viel mehr betont, es wird schon die Abrechnung bei Scheidung der Gesellschaft ins Auge gefaßt (I 582), es wird bezüglich der am 23. März 1376 mit 2 Dienern abgeschlossenen cumpenyge am 20. Oktober 1377 gerechnet, do was de cumpenige

---

[9]) Die Leistung der Abrechnung wird oft ausdrücklich versprochen und für sie wird auch Bürgschaft geleistet, s. **Sattler** a. a. O. S. 292: uns gute Rechenschaft zu tun, dafür haben gelobet sein Bruder und . . Dazu **Levin** a. a. O. S. 46.

also ghût: 150 etc. (I 554, 551), die Gesellschaft mit Johann v. Stade vom 15. Juni 1377 führt am 9. März 1379 und dann wieder am 2. Sept. 1384 zu Abrechnungen (I 556) rc. Die Gesellschaft zwischen den Brüdern Johannes und Vicko v. Geldersen vom Jahre 1391 führt 1396, 1398, 1401 zu Abrechnungen (II 59, 66, 67, 97, 103, 103[6]). Wenn dabei über die 6 letzten Jahre (Rehme Nr. 52) abgerechnet wird, so war deshalb die Gesellschaft nicht von Anfang an auf 6 Jahre bestimmt, obwohl auch feste Endtermine vorkommen (ebenda Nr. 43). So in der Urkunde vom 1. Mai 1360 bei Lörsch und Schröder Nr. 210: diese Gesellschaft soll stehn van nû sint Remeis dagh over ein jôir nâc datum dis brîfs, ferner bei Pauli III Nr. 89: dese selschop sal duren unde stan dree jar langh, und wer will, kann dann zum 4. Jahr auf Weihnachten Scheidung veranlassen, ähnlich Nr. 90. So auch der Koler-Kreß-Vertrag: Wenn 3 Jahre vergangen und 3 Rechnungen gestellt sind, soll sich jeder entscheiden, ob er in der Gesellschaft bleiben will. Und so rechnen dann — vgl. auch das Tölnersche Handlungsbuch — die deutschen Handelsgesellschaften bis zur Neuzeit in kurzen Zeitabschnitten ab, wobei aber die Verträge meist immer wieder erneuert werden. Vgl. Schulte II S. 94f.: Que societas duret ad minus 4 annis proxime futuris. So hören wir (Schulte II S. 65 von 1471), daß eine solche Gesellschaft „per triginta annos aut circa“ bestand, und von vielen oberdeutschen Gesellschaften wissen wir, daß sie noch viel länger erneuert wurden. Vgl. z. B. für die Abrechnungen der Imhof Ehrenberg I S. 257, der Kressen Mitt. des Vereins f. d. Gesch. der St. Nürnberg 2. Heft S. 189. Andererseits konnte bei der Sendeve der Unternehmer oft in jedem Augenblick kündigen,[10]) vgl. Rehme Nr. 18, 48.

III. Wenn der tractator die übernommenen oder die gesetzlichen Verpflichtungen verletzte, so machte er sich haftbar, dagegen stand die Gefahr des Zufalls bei der allgemeinen „eventure“. So erklärt der Lieger bei Sattler a. a. O. S. 469 bei einer Abrechnung bezüglich einer ausstehenden Forderung: wird sie mir bezahlt, so will ich sie gern meinem Herrn bezahlen, werde ich nicht bezahlt, so kann ich auch meinen Herrn nicht bezahlen; ähnlich wird S. 279 ein Verlust des

---

[10]) So freiwillig über die Verpflichtung bezahltes Geld „wanne dat si willen“ Lörsch und Schröder Nr. 210.

Liegers infolge Wegnahme von Schiffen durch die Königin von Dänemark dem Betroffenen abgeschrieben.

Dagegen finden wir schon im nordischen Recht die Haftung des Commendatars ausgesprochen, wenn er die Ware ohne Not weiterführt, als es bedungen ist (Pappenheim a. a. O. S. 88), wenn er sie fortbaut oder schlägt und Unzuchtbußen davon zahlt oder ungebührliche Schulden oder Ausgaben, wenn er mehr von den fremden Sachen für sich verbraucht, als ihm erlaubt ist, wenn er die Ware unter dem Schätzungspreis verkauft, statt sie mit heimzubringen ꝛc.

So wird auch bei Rehme Nr. 59 und 60 festgelegt, ubi hec bona sint, und die Verbote, das Gut, das in Kumpanie oder zu Sendeve gefahren wird, zu „verslan oder verdobelen oder mit neiner undait vorwerken", finden sich in der Skra von Nowgorod (vgl. Levin S. 47), bewirken dort ebenso die persönliche Haftbarkeit des Schuldigen wie im nordischen Recht, dem Sachsenspiegel und andern deutschen Rechtsquellen (vgl. Schmidt S. 64), aber auch wie im romanischen Recht (meine Commenda S. 113 Nr. 3 und 4).

Später finden wir auch die Konkurrenzklausel, wie bereits oben S. 48 erwähnt wurde; auch daß die Auslagen für Hülfspersonen oft auf ein bestimmtes Maß begrenzt wurden, ist bereits gesagt worden, vgl. auch im Koler-Kreß-Vertrag: Knechte und Diener sollen mit Wissen und Willen aller angenommen werden.

IV. Entsprechend den Grundsätzen des Mandats, aber entgegen denen der societas erlosch in den romanischen Ländern bei commendacio und societas das Vertragsverhältnis durch den Tod des Accommendanten nicht, wohl aber durch den des Commendatars (meine Commenda S. 95/6). Dagegen führt Rehme S. 389 unter den Gründen der Auflösung den Tod eines der socii an. Aber die Urkunden, auf welche diese Behauptung gestützt ist, rechtfertigen sie nicht: wenn Nr. 64 sagt, daß, wenn der Commendatar inzwischen sterben sollte, nach bestimmter Vereinbarung auseinander zu setzen sei, so bestätigt das unsere vorhergehende Behauptung, die Quittungen der Erben des Kapitalisten in Nr. 45 und 53 besagen aber nicht, daß die Gesellschaften durch den Tod des Kapitalisten aufgelöst wurden. Daß dies gerade auch in Lübeck nicht der Fall war, ergibt sich aus den Angaben von Pauli III S. 37, welcher erklärt, daß durch den Tod eines Gesellschafters niemals die Gesellschaft aufgelöst worden sei, aber lauter Fälle

anführt, in denen Gesellschafter verstarben, die nur mit Kapital beteiligt waren: hier wurde deren Anteil verkauft und an andere übertragen, jedenfalls enthalten die Urkunden Nr. 88a, 93 und 99 keinen Beweis für den andern Fall; wenn im übrigen noch weitere arbeitende Gesellschafter vorhanden waren, konnte auch der Tod des einen von ihnen die Gesellschaft unberührt lassen, es müssen ferner die Fälle der Familien- und Hausgemeinschaft hier ausgeschieden werden. Aber schon im nordischen Recht wurde auch für die Fälle der Gütergemeinschaft, wo aus einem Beutel gezahlt und auf ein Schiff gegangen wurde, durch den Tod des einen Gesellschafters keine Lösung bewirkt, sondern nach Abschätzung durfte der andere Gesellschafter das Gut behalten und zum Gewinn verwenden.

Daß durch den Tod des auswärts tätigen Gesellschafters die societas erlischt, ergibt sich aus den Vollmachten, durch die der Nachlaß solcher Männer in der Ferne erhoben wurde, vgl. Höhlbaum, Hans. U. B. III Nr. 76 vom 28. Juni 1346: super bonis que dilectus sibi socius post se dereliquit, Mollwo V Nr. 63 S. 83 von 1360: es wird das Erbe übergeben, welches dem nuncius des socius in Danzig ausgehändigt wurde una cum bonis suis que idem dominus Johannes secum habuit in societate; vgl. auch Schulte a. a. O. Bd. II S. 3 von 1299; der Graf v. Pfirt zu Luxemburg erklärt den italienischen Kaufleuten, daß, wenn einer daselbst stürbe, sein Nachlaß den nächsten Verwandten oder den proximis sociis ausgehändigt werden solle.

Das Magdeburger Urteil c. 176 des Schöffenrechts der Dresdener Handschrift, Wasserschleben I 443 spricht in einem Falle, wo nach dem Ableben eines von 3 Gesellschaftern der Anteil desselben im Geschäfte verblieben war, aus, daß die Erben des Verlebten und sein Weib ebenso an Gewinn und Verlust Anteil haben, als wenn der Tod nicht erfolgt wäre.

Auch in dem Koler-Kreßschen Vertrag ist bestimmt, daß, wenn einer der 4 Gesellschafter während des vereinbarten Zeitraums von 4 Jahren sterben sollte, der betreffende Anteil bis zum Ablauf der Zeit in der Gesellschaft verbleiben und erst dann mit der Winnung ausbezahlt werden sollte, wenn die Erben ausscheiden wollen. Ähnliche Vereinbarungen finden sich bei anderen Gesellschaften.

§ 17. Verhältnis nach außen.

I. Rehme erklärt S. 389 zutreffend, daß weder die Sendeve noch die Widerlegung nach außen in die Erscheinung getreten seien, daß der Unternehmer nicht als Vertreter, sondern im eigenen Namen gehandelt habe: er treibt Handel, er gewinnt, er verliert, er zahlt aus. Das muß als Regel für die frühe Zeit durchaus festgehalten werden: der missus schloß, wie auch Mollwo S. LXI annimmt, im eignen Namen für fremde Rechnung ab (vgl. Wittenborg I 51: der Diener ist schuldig ex parte[11]) des Herrn, II 23: der Diener kauft, der Herr und ein Dritter „loven" zu gesamter Hand, II 28a derselbe Diener ist Schuldner für einen andern Betrag. Was mit Sendevegut gekauft oder für solches erlöst war, fiel dem Eigentümer desselben zu, und ebenso fiel jeder Erlös aus Sozietätsgut materiell in die societas. Daß die zu Hause verbliebenen Geschäftsherrn und Gesellschafter durch den in der Ferne tätigen tractator verpflichtet worden wären, davon konnte, wie oben bereits bemerkt wurde, keine Rede sein.

II. An diesen Verhältnissen änderte sich auch nichts, wenn Sendeve und Widerlegung in das Stadtbuch eingetragen wurde, was möglich, aber nirgends vorgeschrieben war. Wenn Rehme die Rubrik societates im lübischen Niederstadtbuch als Gesellschaftsregister bezeichnet hat (S. 367), so hat er selbst (S. 379) darauf hingewiesen, daß der Abschluß formlos gültig war und daß ein Eintragungszwang nicht bestand, was dann am besten durch Mollwos Ausgabe der Wittenborgschen Handlungsbücher dargetan wurde; die meisten der darin verzeichneten Sendevegeschäfte sind überhaupt nicht im Stadtbuch eingetragen, das im wesentlichen nur bei erheblichen Geschäften, insbesondere mit ferner stehenden Personen, den Beweis sichern sollte. Was hier von Lübeck gilt, ist ebenso von den in Hamburg, Reval u. s. w. in das Stadtbuch eingetragenen Gesellschaftsverträgen zu sagen.

III. Wenn die Vollmacht des Commendatars bei beiden Arten der romanischen Commenda manchmal eng, häufig aber auch sehr weit war (meine Commenda S. 98), so finden wir in Deutschland das gleiche und zwar insbesondere auch in späterer Zeit eine sehr ausgedehnte Vollmacht: to donde unde to latende in aller mathe, nach außen wurde

[11]) Tölner Nr. 722 und 812: pater meus ex parte societatis eorum und oft bei Geldersen usw.

aber von der Vollmacht kein Gebrauch gemacht, vgl. überhaupt Levin a. a. O. S. 46.

IV. So haftete nur der jeweils im Handel tätige Gesellschafter, nicht auch diejenigen, die zu bestimmten Geldbeträgen seine Gesellschafter geworden waren oder ihm Geld auf Gewinn und Verlust oder nur gegen Anteil am Gewinn beigesteuert hatten. Nur dann, wenn man die Gefahr des Gewinns und des Verlustes trug, lag, wie auch Kuppener — Lastig bei Endemann im Handbuch Bd. 1 S. 716 — erkannte, eine Gesellschaft vor. Daß aber auch eine solche Gesellschaft sich unterschied von den Familiengesellschaften, die im wesentlichen auf Grund des unverteilten Familienvermögens von einer gemeinschaftlichen Betriebsstätte aus Handel trieben — Falke, Geschichte des deutschen Handels Bd. 2 S. 330 f. — und deshalb unbeschränkt und solidarisch hafteten, ist in Deutschland seit dem 15. Jahrhundert ausdrücklich unterschieden worden. Als in Nürnberg etliche Bürger ihr Hab und Gut ohne Geding zu Gewinn und Verlust in Gesellschaft gelegt hatten, den Handel selbst aber nicht betrieben und doch nach der Flucht der Hauptleute persönlich belangt wurden, da erwirkte 1464 die Reichsstadt — vgl. Historia diplomatica S. 681 und meine Entstehung des deutschen Handelsgerichts S. 55 — ein Privileg, wonach solche Personen nur das zu zahlen hätten, was sich nach Anzahl ihres zugelegten Hauptguts gebühren würde oder, wie es dann die Nürnberger Reformation von 1564 ausdrückte, soweit das Hauptgut sich erstreckt, ähnlich Frankfurter Reformation von 1578 und Lüneburger Stadtrecht (Goldschmidt, De societate en comm. p. 12 und Lastig am letztangeführten Orte S. 717). Wie hier dann wieder der Einfluß des französisch-romanischen Rechts einsetzte und zur Bildung der société en commandite führte, das zu schildern, liegt außerhalb des Zwecks dieser Zeilen. Ausfluß dieser Entwicklung ist es, wenn im 18. Jahrhundert die solidarische und unbeschränkte Haftung der Handelsgesellschafter (z. B. in der Wechselordnung der Stadt Augsburg von 1778 und in der Bayrischen Wechselordnung von 1785) allgemein ausgesprochen wurde, sofern nicht schon bei der Gründung durch Oblatorium bezw. Anzeige bei dem Handelsgericht die auf einen bestimmten Betrag beschränkte Haftung festgestellt wurde. Die österreichische Ordnung wider die Falliten und Dekoktoren vom 18. Aug. 1734 hatte schon ausdrücklich unterschieden — s. Lastig a. a. O. S. 723 — öffentliche oder aperti socii, welche bei dem

Register eingetragen werden —, vgl. auch oben § 5 — dem Publikum gegenüber als Teilhaber der Firma und in ihr mindestens durch den Beisatz „& Cie." erscheinen, aber auch den Gläubigern direkt und auf das Ganze haften und „heimliche oder particulares" socii, welche zwar auch dem Register mit ihrem Anteil anzuzeigen sind, aber in der Firma in keiner Weise erscheinen dürfen, die jedoch nur verpflichtet sind, ihr Kapital bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses in der Firma stehn zu lassen, aber weiteren Anteil am Verlust nicht zu tragen haben. Im Grunde besteht dabei nur die gesetzliche Vermutung, daß die „offenen" Gesellschafter sich den Gläubigern gegenüber für haftbar erklären und sich damit von selbst am Handel beteiligen, die stillen aber nicht.

Damit stehen wir vor Rechtsverhältnissen, wie sie bis zur Einführung des A. D. H.G.B. in Übung waren. Die vorherige Entwicklung des Rechts der deutschen Handelsgesellschaften kann aber — und damit ziehen wir das Ergebnis dieser Studie — folgendermaßen dargestellt werden. Neben der Haus- und Familiengemeinschaft mit unbeschränkter Haftung sämtlicher Gesellschafter entwickeln sich auch in Deutschland aus der Commenda mehrfache Gemeinschaftsverhältnisse. Aus dem Anvertrauen von Sendevegütern erwächst das Anvertrauen von Geld zum Zwecke des Handels; das Eigentum des Hingegebenen und der an seiner Stelle angeschafften Waren verbleibt dem Geber, in späterer Zeit unter allen Umständen in diesen Fällen der Anspruch auf die hingegebene Summe, die wie die Commenda als Depositum betrachtet wird. Aus der partiarischen Beteiligung, die wir am Sendevegute gelegentlich antreffen, erwächst der Anteil nur am Gewinn, wie wir ihn ebenfalls häufig finden.

Es kann aber auch im deutschen Rechte ein wirkliches Gesellschaftsverhältnis entstehen, in dem bald der eine Kapital und der Andere Arbeit, bald beide Kapital und nur einer oder beide Arbeit einwerfen; bei der Erweiterung der Gesellschaft auf noch weitere Teilnehmer gilt das gleiche. Diese Gesellschaft ist ursprünglich als Gelegenheitsgesellschaft entstanden, sie kennt nicht die unbeschränkte und solidarische Haftung der Teilnehmer, nur der Handelnde selbst verpflichtet sich nach außen, nach innen ist es aber das zusammengeschossene Gesellschaftsvermögen, mit welchem der Handel betrieben wird und welches durch ihn wächst oder schwindet. Dieses Rechtsverhältnis trägt im wesentlichen die gleichen Bezeichnungen wie die unbeschränkt haftende Familiengemeinschaft, Kum-

panie, Gesellschaft, nur eine besondere Art dieser Gesellschaft ist die Widerlegung. Wie sich in den romanischen Ländern die Notwendigkeit ergab, den einen der Teilnehmer, sei es nun den kapitalistischen, sei es den tätigen, als capitaneus herauszuheben (Goldschmidt, Universalgeschichte S. 265/6), so entwickelt sich auch in Deutschland bei dieser Art der societas das Institut des hôvetmans, des Hauptmanns, der natürlich unbeschränkt haftet, wie ja überhaupt der tractator in der Commenda. Der Name des Hauptmanns erscheint ganz geradeso in der Firma mit dem Gesellschaftszusatz, wie es bei der Familiengesellschaft (vgl. Goldschmidt ebenda S. 274 und 275) heißt: Die Gesellschaft des X, X und seine Gesellschaft, X und seine Gesellschafter u. s. w., es mag dahingestellt bleiben, welcher Gesellschaftsart diese Bezeichnung zuerst eigen ist. Die Gesellschaft wird nach den vereinbarten Anteilen geschieden; eine Mischung von Sendeve- und Gesellschaftsbestandteilen enthält das Institut des Voraus, der nicht wachsen noch schwinden, aber an den Geber zu allererst zurückgehen soll.

Als dann nach dem Beispiel der Familiengesellschaft der Versuch gemacht wurde, auch die nicht tätigen Gesellschafter dieser zweiten Gesellschaftsart zur direkten und solidarischen Haftung heranzuziehen, wurde dem von der Gesetzgebung begegnet und die Haftung über die Einlage hinaus auf die im Geschäfte tätigen Gesellschafter beschränkt.

Damit dürfte nachgewiesen sein, daß sich in Deutschland die Commenda in derselben Weise wie in den romanischen Ländern entwickelt hat und daß auch hier Kommandit- und stille Gesellschaft geschichtlich aufs engste zusammenhängen.

2.

Besitzschutz im Bürgerlichen Gesetzbuche.*)

Von Oberamtsrichter **Friedrich Bunsen** in Rostock.

Besitz als Tatsache ist Gewalt, Macht über eine körperliche Sache. Wem die Rechtsordnung diese Macht zuspricht, der hat ein Recht auf den Besitz, sei es ein absolutes, wie der Eigentümer, der Nießbraucher, oder ein relatives, wie der Mieter, Pächter. Wer ohne Recht auf den Besitz besitzt, befindet sich im Verhältnisse zu dem Berechtigten im Unrecht. Im Streite hierüber handelt es sich nicht um einen Besitzstreit, sondern um einen Streit über das Recht, zu dessen Inhalte das Recht auf den Besitz gehört. Die Grundsätze, nach welchen dieser Streit zu schlichten ist, bestimmen sich, soweit ein persönliches Verhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Besitzer besteht, nach dem Rechte der Schuldverhältnisse, soweit das nicht der Fall ist, ist der Anspruch des Berechtigten gegen den Besitzer besonders geregelt.

Neben dem Rechte auf den Besitz erscheint der Besitz als solcher, also abgesehen davon, ob in der Person des Besitzers Recht und Besitz vereinigt sind oder nicht, gleichfalls als ein von der Rechtsordnung geschütztes Gut.

Befindet sich eine Sache tatsächlich in unserem Besitze, so sind wir im stande, sie wirtschaftlich zu nützen und diejenigen rechtlichen Verfügungen, welche den Besitz erfordern, über sie zu treffen. Die Rechtsordnung gewährleistet dem Besitzer die wirtschaftlichen Vorteile

---

*) Die Redaktion glaubte den nachfolgenden Untersuchungen im Interesse der Objektivität die Aufnahme nicht versagen zu sollen, ohne daß sie sich deswegen mit der vom Verfasser im Anschluß an Iherings bekannte Begriffsbestimmung befolgten Identifizierung von „Recht“ und „rechtlich geschütztem Interesse“ einverstanden erklärte. Oertmann.

nicht nur im allgemeinen, sondern sichert ihm solche in gewissem Umfange auch gegenüber dem Eigentümer und anderen dinglich Berechtigten, sie verleiht den Verfügungen des Besitzers unter gewissen Voraussetzungen im Interesse der Sicherheit des Verkehrs Wirksamkeit auch gegenüber dem Eigentümer und anderen dinglich Berechtigten.

Eigenmächtige Störung der Besitzordnung ist Störung der Friedens-Ordnung, der Rechtsordnung, sie ist verboten. Hieraus entwickelt sich ein besonderes Besitzschutzrecht, in dem das Recht auf den Besitz zunächst keine Rolle spielt.

Beati possidentes! Im Besitze erfreuen wir uns des ruhigen gegen eigenmächtige Störung gesicherten Genusses der Lebensgüter. Ohne solchen Besitz kann das Recht an denselben wertlos werden. Durch den Besitz erwerben wir nach der Rechtsordnung Eigentum und andere dingliche Rechte an beweglichen Sachen. Nach dem Grundsatze „quisque praesumitur bonus" spricht für den Besitzer die Vermutung des wohl erworbenen Rechtes.

So ist der Besitz, wenn auch zunächst nur ein wesentlich wirtschaftlicher Faktor, doch auch ein Rechtsfaktor. An der Erhaltung des Besitzes haben wir deshalb ein selbständiges rechtliches Interesse, das von der Rechtsordnung zu schützen ist und geschützt wird.

Wo aber ein von der Rechtsordnung geschütztes Interesse vorhanden ist, da ist subjektives Recht. Der Besitz als subjektives Recht ist ein Vermögensrecht, dessen Gegenstand eine körperliche Sache ist, dessen Inhalt sich in der rechtlich geschützten Beziehung des Besitzers zu der Sache darstellt, kraft deren er berechtigt ist, seinen Besitz zu erhalten, zu verteidigen und wieder zu erlangen, event. Ersatz für den ihm widerrechtlich oder ohne Rechtsgrund entzogenen Besitz zu begehren.

Dieses Besitzrecht erscheint in der Rechtsordnung zunächst als Besitzschutzrecht im engeren und eigentlichen Sinne, dem sog. Interdiktenschutze. Anknüpfend an die gemeinrechtliche Fortbildung der eigentümlichen römischrechtlichen Besitzinterdikte, gewährt auch das Bürgerliche Gesetzbuch dem Besitzer gegen eigenmächtige Störung im Besitze und gegen eigenmächtige Entziehung desselben neben einem besonderen Selbstschutzrechte besondere Besitzklagen. Darüber wird unter I gesprochen werden.

Der Besitz als vermögensrechtliches Gut ist aber weiter im Falle des Verlustes und im Falle der Verletzung nach dem Rechte der Schuldverhältnisse wie jedes andere Vermögensrecht geschützt. Hierher gehört der kondiktionenmäßige Schutz im Falle jemand den Besitz ohne Rechtsgrund auf Kosten eines Anderen erlangt hat, und der deliktmäßige Schutz im Falle der Verletzung durch unerlaubte Handlung. Darüber wird unter II gesprochen werden.

Bei dieser im wesentlichen den Grundsätzen des Gemeinen Rechts folgenden Gestaltung des Besitzschutzes ist das Bürgerliche Gesetzbuch im Fahrnisbesitze nicht stehen geblieben. Entsprechend der Entwickelung des deutschen Fahrnisrechts hat es einen sachenrechtlichen (dinglichen) Schutzanspruch aus älterem Fahrnisbesitze aufgenommen (§ 1007 B.G.B.), über welchen unter III gesprochen werden soll.

Daran wird sich dann unter IV eine Übersicht des gewonnenen Resultates schließen und zum Schlusse die Frage erörtert werden, ob der Besitz als Rechtsverhältnis anzusehen ist und deshalb Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann.

I.

Der Besitzschutz im engeren Sinne gipfelt in dem Verbote der Eigenmacht (vim fieri veto). Das Gesetzbuch (§ 858) erklärt eine Handlung, durch welche dem Besitzer ohne seinen Willen der Besitz entzogen oder er im Besitze gestört wird, sofern solche Handlung nicht vom Gesetze gestattet wird, für widerrechtlich und bezeichnet dieselbe als verbotene Eigenmacht.

Verbotene Eigenmacht setzt also dreierlei voraus:

1. eine Entziehung des Besitzes oder Störung im Besitze;

2. es muß festgestellt werden, daß die Handlung ohne den erkennbaren oder aus den Umständen als vorhanden anzunehmenden Willen des Besitzers vorgenommen ist;[1])

[1]) Es bedarf also nicht der Feststellung, daß subjektive Widerrechtlichkeit vorlag, d. h. daß der Handelnde gegen den erkannten Willen des Besitzers handeln wollte. Andererseits genügt nicht lediglich objektiv die Feststellung, daß die Handlung der subjektiven Willensrichtung des Besitzers nicht entsprach, vielmehr ist aus dem Verhalten des Besitzers und des Handelnden im einzelnen Falle festzustellen, daß der Besitzer mit der Handlung nicht einverstanden war. Mußte aus den vorliegenden Umständen der verständige Mensch

3. es darf kein Recht zum eigenmächtigen Handeln bestanden haben.

Die Zustimmung des Besitzers zu der Handlung schließt die Eigenmacht aus. Maßgebend ist allein der Wille des Besitzers; auf den Willen des Besitzdieners kommt es nicht an. Dieser begeht selbst verbotene Eigenmacht, wenn er ohne den Willen des Besitzers die ihm überlassene Sache weggibt, selbst in Eigenbesitz nimmt oder sonst dem Besitzer entzieht.

Ist der Besitzer geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig, so entscheidet der Wille des gesetzlichen Vertreters, hat jedoch dieser jenem Sachen zum Gebrauche überlassen, so erscheint jener auch befugt, über den Besitz dieser Sachen zu verfügen.

Verbotene Eigenmacht liegt weiter dann nicht vor, wenn das Gesetz die Handlung gestattet, d. h. dem Handelnden die Befugnis einräumt, die Sache eigenmächtig in Besitz zu nehmen oder den Besitzer eigenmächtig zu stören.[2]) Das trifft zu in allen Fällen der Selbstverteidigung und der gestatteten Selbsthülfe (§§ 227 ff., 859, 904, 910, 962 B.G.B.), insbesondere auch in den gesetzlichen Fällen der Selbstpfändung, denen das Selbstschutzrecht des Vermieters (§ 561 B.G.B.) gleichsteht.

Ist jemand kraft besonderer Norm befugt, eine Sache in Besitz zu nehmen, wie der Ehemann hinsichtlich des eingebrachten Gutes (§ 1373 B.G.B.), der Testamentsvollstrecker hinsichtlich der seiner Verwaltung unterstehenden Nachlaßsachen (§ 2205 B.G.B.), der Konkursverwalter hinsichtlich der Konkursmasse (§ 117 K.O.), so wird er regelmäßig gegenüber denjenigen Personen, gegen welche sich diese Befugnis richtet, also gegenüber der Frau, dem Erben, dem Gemeinschuldner zur eigenmächtigen Besitzergreifung befugt sein, ohne gegen den Besitz dritter

---

auf das Einverständnis des Besitzers mit der Vornahme der Handlung schließen, so liegt verbotene Eigenmacht nicht vor, wenn auch der Besitzer dies annahm, in Wirklichkeit aber ein Irrtum obwaltete. S. Motive zum ersten Entw. Bd. III S. 110. Dies wird von der gemeinen Meinung (s. z. B. Dernburg, Sachenrecht S. 67 Nr. 7) nicht genügend gewürdigt.

[2]) Diese Befugnis hat noch nicht, wer ein Recht auf den Besitz hat, wie der Eigentümer, der Mieter, und wer ein Recht auf die Handlung hat, wie der Dienstbarkeitsberechtigte. Auch der Berechtigte, welcher gegen den erkennbaren oder ohne den nach den Umständen anzunehmenden Willen des Besitzers handelt, befindet sich im Zustande verbotener Eigenmacht.

Personen zu gleichem berechtigt zu sein. Besteht jedoch Streit zwischen dem zum Besitze berechtigten Verwalter und dem Eigentümer darüber, ob ein bestimmter Gegenstand der fremden Verwaltungsbefugnis untersteht, so kann der Verwalter die Sache nicht gegen den Willen des Eigentümers, falls dieser die tatsächliche Gewalt über den Gegenstand bereits erlangt hat oder noch hat,[3]) in Besitz nehmen, ohne sich verbotener Eigenmacht schuldig zu machen.

Der Schutz des Besitzes gegen Eigenmacht findet nicht nur im Wege der Rechtshülfe, sondern auch im Wege der Selbsthülfe statt. Die letztere ist entweder Selbstverteidigung oder Selbsthülfe im engeren Sinne.

Die Selbstverteidigung ist dem Besitzer dahin gestattet, daß er sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren darf (B.G.B. § 859 Abs. 1). Vorausgesetzt ist also, daß ein Angriff auf den Besitzstand des Besitzers vorliegt, und daß in dem Angriffe verbotene Eigenmacht liegt. Zur Abwehr ist die Anwendung von Gewalt gestattet, also auch nur insoweit, als sie zur Abwehr erforderlich ist. Ein Überschreiten des im einzelnen Fall erforderlichen Maßes der Gewalttätigkeit würde den Besitzer im Falle schuldvollen Verhaltens nicht nur nach § 823 B.G.B., sondern auch strafrechtlich verantwortlich machen. Dieses Abwehrrecht erscheint deshalb lediglich als eine besondere Anwendung des allgemeinen Notwehrrechts (B.G.B. § 227) in positiver Gestaltung gegenüber der negativen Fassung dieser allgemeinen Bestimmung.

Die Selbsthülfe im engeren Sinne ist gestattet, wenn eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen ist, und wenn dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz in gleicher Weise entzogen ist. Er darf die bewegliche Sache dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter oder, falls die Sache in den Besitz eines Dritten, der die Fehlerhaftigkeit des Täters gegen sich gelten lassen muß, gelangt ist, diesem mit Gewalt wieder abnehmen und sich des Grundstücks sofort durch Entsetzung des Täters oder des Dritten, der die Fehlerhaftigkeit des Täters gegen sich gelten lassen muß, wieder bemächtigen (B.G.B. § 859 Abs. 2—4).

---

[3]) Es hat der Erbe den Besitz der streitigen Sache vor dem Testamentsvollstrecker ergriffen, es weigert sich die Frau, eine von ihr besessene Sache als zum eingebrachten Gute gehörig herauszugeben.

Die Selbsthülfehandlung muß der eigenmächtigen Handlung auf dem Fuße folgen; erfolgt sie später, wenn auch ohne schuldhaftes Verzögern, so ist sie unerlaubt, also verbotene Eigenmacht, der gegenüber Selbstschutz zulässig ist.

Das Selbsthülferecht hört auf, wenn die Sache in den Besitz eines Dritten, der dem Besitzer gegenüber nicht als fehlerhaft besitzend gilt, gelangt ist.

Das Selbsthülferecht wird begrenzt durch den Zweck, die Wiedererlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Daneben stehen dem Besitzer, falls ein Fall der Not nach § 229 B.G.B. vorliegt, auch die dort gewährten Sicherungsschutzmittel zu.

Das Selbstschutzrecht kann auch der Besitzdiener, falls sich die Eigenmacht gegen seine Person richtet, ausüben, freilich nicht als eigenes Recht, sondern nur für den Besitzer (§ 860), es ist daher selbstverständlich, daß in solchem Falle auch der Besitzer selbst zum Selbstschutze berechtigt ist.

Dem mittelbaren Besitzer steht das Selbstschutzrecht nicht zu, da die Eigenmacht sich nur gegen den richtet, dessen Wille für die Ausübung der tatsächlichen Gewalt maßgebend ist, und das ist immer und allein der (unmittelbare) Besitzer.

Dem Selbstschutzrecht gehört im gewissen Sinne auch an das sog. Abholungsrecht, welches nach § 867 dann stattfindet, wenn eine bewegliche Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines Anderen stehendes Grundstück gelangt ist. Die Sache darf ihr Besitzer auf dem fremden Grundstücke aufsuchen und von dort wegschaffen, der Grundstücksbesitzer hat das zu gestatten.

Es handelt sich in diesem Falle nicht nur um Gewährung eines Gestattungsanspruchs, sondern in erster Linie um eine besondere Art von Selbsthülfe, nämlich um ein Verfolgungsrecht. Stößt der Besitzer der Sache in der Verfolgung auf Widerspruch des Grundstücksbesitzers, so ist er freilich nicht befugt, diesen Widerspruch durch Eigenmacht zu beseitigen, wohl aber darf er bis dahin, wo der Widerspruch erfolgt, annehmen, daß er in dem Betreten des fremden Grundstücks im Einverständnisse mit dem Besitzer handelt, sodaß in dieser Handlung verbotene Eigenmacht nicht liegt. Erfolgt solcher Widerspruch und liegt ein Fall der Not, welcher die Anwendung von Sicherungsschutzmitteln rechtfertigt (B.G.B. § 229), nicht vor, so verbleibt dem Besitzer nur

der Anspruch auf Gestattung, welcher erforderlichen Falls im Wege der Klage geltend zu machen ist.[4])

Anspruchsberechtigt ist der Besitzer, mag die Sache unmittelbar durch ihn (der sie dort vergessen, zurückgelassen hatte) oder durch Naturereignis, als Windstoß, Überschwemmung, oder mittelbar (der verfolgte Dieb hat sie über die Grenzmauer eines fremden Grundstücks geworfen) auf jenes Grundstück gekommen sein.

Der mittelbare Besitzer ist nur dann anspruchsberechtigt, wenn der Besitzer das Abholungsrecht nicht ausüben will oder kann (B.G.B. § 869 Satz 3).

Anspruchsverpflichtet ist der (unmittelbare) Besitzer des Grundstücks, nicht der mittelbare; denn dieser ist nicht in der Lage, dem Anspruche genügen zu können.

Die Verpflichtung erlischt, wenn die Sache von dem Grundstücke entfernt ist oder von dem Grundstücksbesitzer oder einem Dritten in Besitz genommen ist.

Inhaltlich geht der Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache. Der Berechtigte ist verpflichtet, dem Besitzer des Grundstücks den durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Schaden zu ersetzen, und kann, wenn die Entstehung eines solchen Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet ist. Ist mit dem Aufschube Gefahr verbunden, so ist die Verweigerung unzulässig.

Im Streitfalle hat der Berechtigte die Voraussetzung des Anspruchs, der Verpflichtete das Erlöschen des Anspruchs zu beweisen, ebenso die Voraussetzung für das etwa geltend gemachte Weigerungsrecht.

Für den Besitzschutz im Wege der **Rechtshülfe** gewährt das Gesetzbuch zwei Ansprüche, den Anspruch des früheren Besitzers gegen den gegenwärtigen Besitzer auf Wiedereinräumung des durch Eigenmacht entzogenen Besitzes und den Anspruch des gegenwärtigen Besitzers wegen eigenmächtiger Störung im Besitze auf Beseitigung der Störung und Unterlassung fernerer Störungen.

Soweit diese Ansprüche durch Klage verfolgt werden, handelt es sich in dem Verfahren lediglich um den Besitzschutz als solchen ohne

[4]) Verweigert der Grundstücksbesitzer die Ausübung des Verfolgungsrechts widerrechtlich, so haftet er gegebenen Falls auf Schadensersatz (B.G.B. § 823).

Rücksicht darauf, ob durch den Besitz und den Schutz desselben ein Recht des Gegners verletzt wird. Es kann also der Gegner gegenüber dem Besitzanspruche sich nicht auf ein ihm an der Sache oder gegenüber der Person des Besitzers zustehendes Recht auf die störende oder entziehende Handlung berufen. Der Rechtsschutzanspruch des Gegners vermag den Besitzschutzanspruch des Besitzers weder zu beseitigen noch auszuschließen. Darum ist auch der Beklagte im Rechtsstreite über den Besitzschutzanspruch mit etwaigen Einreden, welche sich auf sein Recht oder ein Recht seines Vorgängers zur Vornahme der Handlung stützen, nicht zu hören, es sei denn, daß die Handlung wegen eines dem Handelnden zustehenden Rechtes zur Vornahme derselben nicht als verbotene Eigenmacht aufzufassen ist (B.G.B. § 863). Es muß also ein Ausnahmefall vorliegen, der das eigenmächtige Handeln als nicht verbotenes erscheinen läßt, weil das Gesetz die Vornahme ohne den Willen des Besitzers gestattet oder weil der Handelnde die Einwilligung des Besitzers annehmen durfte, obgleich sie nicht vorlag (s. o. Anm. 1 u. 3).

Die Besitzschutzansprüche erlöschen in besonderer Weise. Die ihnen eigentümlichen Erlöschungsgründe sind:

1. Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, es sei denn, daß der Anspruch vorher im Wege der Klage geltend gemacht ist (B.G.B. § 864 Abs. 1);

2. ein nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht von dem Verpflichteten erwirktes rechtskräftiges Urteil des Inhalts, daß dem Täter, d. h. demjenigen, der die verbotene Eigenmacht verübt hat, ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann (B.G.B. § 864 Abs. 2).

In beiden Fällen handelt es sich nicht um ein dem Anspruche entgegenstehendes Weigerungsrecht des Verpflichteten, sondern um eine den Anspruch ausschließende Tatsache. Die Beweislast trifft im Streitfalle den Verpflichteten, indem er den Ablauf der Frist, also beweisen muß, daß der Zeitpunkt der verübten Eigenmacht länger als ein Jahr vor der Erhebung der Klage liegt. Im Falle 2 hat der Verpflichtete zu beweisen, daß das Urteil mit dem bezeichneten Inhalte nach der Verübung der Eigenmacht ergangen und rechtskräftig ist. Das von dem Verpflichteten erstrittene Recht muß ein Recht an der Sache, also

ein dingliches Recht sein.[5]) Ob das Urteil Leistungs- oder Feststellungsurteil ist, ist gleichgültig, nur muß es vom Verpflichteten als Kläger oder Widerkläger erstritten sein. Selbstverständlich ist, daß zum Zwecke solcher Erstreitung die Widerklage unter Berufung auf § 864 Abs. 2 B.G.B. nicht im Besitzprozesse erhoben werden kann.[6]) Ob im übrigen eine Widerklage aus dem Rechte zum Besitze erhoben werden kann, entscheidet sich nach prozeßrechtlichen Regeln, also nach § 33 C.P.O. Danach dürfte die Widerklage lediglich zulässig sein, wenn gegenüber dem Besitzanspruche eine Einrede aus § 863 B.G.B. geltend gemacht ist und auf dieses Recht die Widerklage gestützt wird.[7])

Gegenstand der Besitzschutzansprüche kann nur eine körperliche Sache oder ein räumlich abgetrennter Teil einer solchen Sache, z. B. abgesonderte zum Wohnen oder sonstigem Gebrauche eingerichtete Räume eines Grundstücks sein (B.G.B. § 865). Besitzen mehrere dieselbe Sache oder denselben Raum gemeinschaftlich (Mitbesitzer), so genießt jeder Mitbesitzer Besitzschutzrecht, mag sich die Eigenmacht gegen den gemeinschaftlichen Besitz als solchen oder nur gegen den Mitbesitz eines einzelnen richten, im letzteren Falle also auch der Mitbesitzer gegen den anderen Mitbesitzer, indem dieser z. B. den Mitbesitz jenes überhaupt nicht anerkennt, ihn entsetzt hat oder an der Mitbenutzung der Sache überhaupt hindert. Handelt es sich dagegen lediglich um einen Streit über die Grenzen des dem einzelnen Mitbesitzer zustehenden Gebrauchs, so findet ein Besitzschutzrecht der Mitbesitzer gegen einander nicht statt. Wer sich beeinträchtigt glaubt, muß den ihm etwa zustehenden Rechtsschutzanspruch geltend machen (B.G.B. § 866).

Es sollen nun im folgenden nacheinander dargestellt werden der Anspruch wegen Entziehung des Besitzes (1), der Anspruch wegen Störung im Besitze (2), das Besitzschutzrecht des mittelbaren Besitzers (3) und endlich der Besitzschutz des sog. Rechtsbesitzers (4).

---

[5]) A. A. Strohal, Ihering Jahrb. Bd. 38 S. 120, auch Bendix, „Das Recht" 1900 S. 73 Anm. 43, welche die Einrede auch dann gewähren, wenn das Recht des Beklagten ein persönliches ist. Für solche extensive Auslegung bietet das Gesetz keinen genügenden Anhalt.

[6]) S. Hussong, „Das Recht" 1902 S. 528.

[7]) S. über diese Frage Haverkamp, „Das Recht" 1901 S. 617 und die Entsch. des Landger. Bielefeld das. S. 178.

1. Den Anspruch wegen Entziehung des Besitzes hat der frühere Besitzer, dem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, gegen den jetzigen Besitzer, der jenem gegenüber fehlerhaft besitzt.

Gleichgültig ist dabei, ob der Verpflichtete den (unmittelbaren) Besitz noch selbst hat, es genügt, wenn er nur mittelbarer Besitzer geblieben ist, z. B. die entzogene Sache verliehen oder in ähnlicher Weise einem Dritten übergeben hat.

Fehlerhaft ist der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz. Fehlerhaft gegenüber dem anderen ist der durch eine dem anderen gegenüber begangene verbotene Eigenmacht erlangte Besitz. Auch der Besitz gilt dem anderen gegenüber als fehlerhaft, der entweder von dem Erblasser des Besitzers dem anderen gegenüber fehlerhaft erlangt ist oder als fehlerhaft erlangt gilt, oder von einem anderen Vorgänger[8]) im Besitze dem Anspruchsberechtigten gegenüber fehlerhaft erlangt ist oder als fehlerhaft erlangt gilt, wenn der Besitzer die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers gegenüber dem anderen beim Erwerbe kennt (B.G.B. § 858 Abs. 2). Hatte der Vorgänger den Besitz durch eigene dem anderen gegenüber verübte Eigenmacht erlangt, so muß dieser Umstand dem Besitzer beim Erwerbe bekannt gewesen sein. Hatte der Vorgänger nicht selbst verbotene Eigenmacht geübt, hatte er aber beim Erwerbe gewußt, daß sein Vorgänger den Besitz durch verbotene Eigenmacht gegenüber dem anderen erlangt hatte, sodaß auch sein Besitz dem anderen gegenüber als fehlerhaft gilt, so ist erforderlich, daß dem Besitzer bei dem Erwerbe beides bekannt war, sowohl die Fehlerhaftigkeit im Besitze des Vorgängers seines Vorgängers als auch die Kenntnis davon bei seinem Vorgänger.

Inhaltlich geht der Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes auf nichts mehr[9]) also auf Vornahme einer Handlung, durch welche

---

[8]) Vorgänger im Besitze im Verhältnisse zum Besitzer ist derjenige von dem der Besitzer den Besitz derogativ, sei es unmittelbar (aus erster Hand) oder aus zweiter oder weiterer Nachfolger erworben hat.

[9]) B.G.B. § 861 Abs. 1. Etwaige Schadensersatzansprüche können nur geltend gemacht werden, wenn in der Besitzentziehung eine unerlaubte Handlung im Sinne des Gesetzes liegt und zwar mit der persönlichen Klage aus solcher Handlung (B.G.B. § 823 u. unten II, 2) die Besitzklage als solche geht nicht auf Schadensersatz.

der Kläger die tatsächliche Gewalt über die in Anspruch genommene Sache erlangt. Diese Handlung kann auch in einer Willenserklärung bestehen und wird es regelmäßig dann, wenn der Beklagte den unmittelbaren Besitz nicht mehr hat, aber doch mittelbarer Besitzer geblieben ist. Der Beklagte hat dann, wenn der unmittelbare Besitzer zur Herausgabe bereit ist, seine Einwilligung in die Herausgabe zu erklären, oder, wenn solche Bereitschaft nicht vorliegt, den Anspruch auf Herausgabe abzutreten (§ 870 B.G.B.)

Im Streitfalle hat der Berechtigte die Voraussetzungen seines Anspruchs also zu beweisen, daß er den Besitz erworben hatte, und daß der Verpflichtete ihm gegenüber fehlerhaft besitzt, oder dessen Besitz ihm gegenüber als fehlerhaft gilt.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz des Anspruchsberechtigten dem Verpflichteten oder dessen Vorgänger im Besitze gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist.[10])

Die sog. Einrede des eigenen fehlerhaften Besitzes ist nicht als ein Weigerungsrecht des Verpflichteten (Einrede in diesem materiellen Sinne), sondern als Einrede im weiteren (prozessualischem) Sinne, als Einwendung aufzufassen; sie wird hinfällig, wenn der Einrede die Gegeneinrede (Replik) des fehlerhaften Besitzes entgegensteht, indem der Verpflichtete innerhalb eines Jahres vor dem fehlerhaften Besitzerwerbe des Berechtigten den Besitz diesem gegenüber bereits fehlerhaft erwarb.[11])

2. Den Anspruch wegen Störung im Besitze hat der gegenwärtige Besitzer, der durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört wird.

Voraussetzungen des Anspruchs sind also:

1. Besitz des Anspruchsberechtigten zur Zeit der eigenmächtigen Störung;

[10]) B.G.B. § 861 Abs. 2. Sog. Einrede des eigenen fehlerhaften Besitzes. Für die Berechnung des Jahres kommt in dem Falle, in welchem der Verpflichtete den Besitz nicht selbst durch verbotene Eigenmacht dem Berechtigten entzogen hatte, sondern Nachfolger des Entziehenden war, nicht der Zeitpunkt, in welchem dieser den Besitz erlangt hatte, in Betracht. Es gilt dieselbe Berechnung wie im § 864 B.G.B.

[11]) So mit Recht Planck, Kommentar III zu § 861 Anm. 4, der als Prinzip den Satz aufstellt, daß kein Teil sich auf den fehlerhaften Besitz des

2. Fortdauer dieses Besitzes bis zur Zeit der Erhebung des Anspruchs. Verlust des Besitzes bedeutet Verlust des Anspruchs, wogegen der Einräumung des unmittelbaren Besitzes unter Zurückbehaltung des mittelbaren Besitzes diese Bedeutung nicht zukommt;

3. Störung im Besitze, d. h. eine nicht bloß vorübergehende, sondern bis in die Gegenwart fortdauernde Hinderung des Besitzers an dem ihm als Besitzer gewährleisteten Haben und Nutzen der Sache.[12]) Liegt die Störung in der Vergangenheit, so muß sie derartig sein, daß Wiederholung zu befürchten ist.

4. Die störende Handlung stellt sich als verbotene Eigenmacht dar.

Der Anspruch richtet sich gegen den Störer, d. h. gegen jeden, der die Störung veranlaßt hat, mag er sie selbst ausgeführt haben oder durch einen anderen haben ausführen lassen, vorausgesetzt, daß seine ausführende oder anstiftende Tätigkeit auf verbotener Eigenmacht beruht. Von mehreren Störern haftet jeder für sich, mögen sie bewußt gemeinschaftlich oder zufällig neben einander handeln.

Inhaltlich geht der Anspruch auf Beseitigung des störenden Zustandes und, wenn weitere Störungen zu besorgen sind, auf Unterlassung der Störung. Liegt die Störung lediglich in der Vergangenheit, so daß sie gegenwärtig tatsächlich nicht mehr besteht, so geht der Anspruch nur auf Unterlassung, besteht also nur, wenn festgestellt ist, daß weitere Störungen zu besorgen sind. Die Kosten der Beseitigung liegen dem Verpflichteten ob.

Im Streitfalle hat der Berechtigte zu beweisen, daß die obigen Voraussetzungen in seiner Person und in der Person des Verpflichteten vorliegen.

3. Das Besitzschutzrecht des mittelbaren Besitzers.

Der mittelbare Besitzer[13]) ist auch Besitzer, d. h. er ist neben dem (unmittelbaren) Besitzer gleichfalls Besitzer. Die an den Besitz

---

anderen berufen darf, wenn er selbst innerhalb eines Jahres vor dem Besitzerwerbe des anderen den Besitz diesem gegenüber fehlerhaft erworben hat.

[12]) Daher findet der Anspruch auch dann statt, wenn die Störung durch ungewöhnliche Einwirkung von sog. Inponderabilien (§ 906) erfolgt, so daß auch gegenüber solcher Einwirkung der Mieter possessorischen Schutz hat. So Volkmar, Deutsche Juristenzeitung 1901, S. 382 gegen Dernburg, Sachenrecht § 79 II, 1.

[13]) B.G.B. §§ 868, 871: Es ist streitig, ob der mittelbare Besitz lediglich

sich knüpfenden Rechtsfolgen, mögen sie mit Vorteil oder Nachteil für den Besitzer verbunden sein, treten deshalb auch in der Person des mittelbaren Besitzers ein, soweit sich nicht im einzelnen Falle aus dem Gesetze oder der Natur der Sache nach etwas anderes ergibt.

In der Frage nach dem Besitzschutze ist nun zu unterscheiden das Verhältnis der Besitzer untereinander und das Verhältnis des Besitzers zu Dritten.

Im Verhältnisse beider Besitzer unter einander genießt den Besitzschutz nur der Besitzer gegenüber dem mittelbaren Besitzer, niemals dieser gegenüber jenem.

Auch Dritten gegenüber hat nur der Besitzer selbständigen Besitzschutz, der mittelbare Besitzer wird nur neben ihm geschützt, m. a. W. die Frage, ob Besitzschutz stattfindet, entscheidet sich zunächst aus der Person des Besitzers, wird der Besitzer in dem vorliegenden Falle geschützt, so genießt auch der mittelbare Besitzer unter bestimmten Voraussetzungen Besitzschutz; wird jener im vorliegenden Falle nicht geschützt, so hat auch dieser keinen Besitzschutz.

Im einzelnen gestaltet sich die Sache wie folgt:

a) Eigenmacht ist nur gegen den Besitzer möglich; gelangt der Besitz mit dem Willen des Besitzers, wenn auch gegen den Willen des mittelbaren Besitzers an einen Dritten, so liegt keine verbotene Eigenmacht vor. Dasselbe gilt im Falle der Störung des Besitzes.

b) Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so hat neben dem Besitzer auch der mittelbare Besitzer den Anspruch auf Beseitigung der Störung und Unterlassung fernerer Störung, es sei denn, daß der Besitzer nachträglich die Störung gestattet (§ 869).

c) Wird dem Besitzer durch verbotene Eigenmacht der Besitz entzogen, so kann auch der mittelbare Besitzer die Wiederherstellung des

---

einer Rechtsfiktion sein Dasein verdankt oder ein wirkliches Besitzverhältnis darstellt. Wer in dem Besitzverhältnis mehr als ein bloß tatsächliches Gewaltverhältnis, sondern eine Willensherrschaft erblickt, für den ist der mittelbare Besitz ein wirkliches Besitzverhältnis. Dasselbe besteht in der durch den Besitz des (unmittelbaren) Besitzers vermittelten Gewalt der Person über die Sache, setzt also neben dem Besitz des unmittelbaren Besitzers nicht nur den Willen dieses, in seinem Besitz auch für den anderen die tatsächliche Gewalt zu halten, sondern auch den Willen des anderen voraus, den Besitz durch den Besitzer zu halten, und daß beider Wille in einem zwischen ihnen auch nur tatsächlich bestehenden Verhältnisse zum Ausdruck gekommen ist.

früheren Zustandes, also die Wiedereinräumung des Besitzes an den Besitzer verlangen; nur wenn dieser den Besitz nicht wieder annehmen kann oder will, kann er verlangen, daß ihm, dem mittelbaren Besitzer, der Besitz eingeräumt wird (§ 869).

d) Das Verfolgungsrecht (§§ 867, 869) hat der mittelbare Besitzer dann, wenn die Sache aus der Gewalt des Besitzers gekommen ist, und dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will.

e) Das Selbstschutzrecht wegen Eigenmacht steht dem mittelbaren Besitzer nicht zu (s. o. S. 74).

4. Der Besitzschutz des Rechtsbesitzers.

Das Bürgerliche Gesetzbuch erkennt den Rechtsbesitz indirekt insofern als besonderes Rechtsinstitut an, als es den Besitzer eines Grundstückes in der Ausübung einer für den Eigentümer eingetragenen Grunddienstbarkeit schützt (§ 1029).[14] Dieser Besitzschutz findet in entsprechender Weise auch dann statt, wenn derjenige, für den eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit an einem Grundstücke im Grundbuche eingetragen ist, in der Ausübung dieser Dienstbarkeit gestört wird (§ 1090).

Voraussetzung des Rechtsschutzbesitzes ist, daß jemand in der Ausübung einer im Grundbuche des belasteten Grundstücks eingetragenen Dienstbarkeit eigenmächtig gestört wird, sowie daß die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, wenn auch nur einmal, ausgeübt ist. Die Ausübung muß sich als eine aus dem eingetragenen Rechte fließende Handlung darstellen; hat daher der Handelnde nur kraft einer ihm besonders erteilten Erlaubnis des Besitzers des belasteten Grundstücks die betreffende Handlung vorgenommen, so ist das keine Ausübungshandlung im Sinne dieses Gesetzes. Handelt es sich um eine sog. negative Dienstbarkeit, nach welcher auf dem belasteten Grundstücke bestimmte Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, bestimmte aus dem Eigentumsrechte an dem belasteten Grundstücke an sich fließende Befugnisse nicht ausgeübt werden dürfen, so genügt es,

---

[14]) Besteht die Grunddienstbarkeit in einer mit dem herrschenden Grundstücke verbundenen in den Machtbereich des belasteten Grundstücks hineinreichenden Vorrichtung, z. B. einem Erker, einem Kellervorsprung, so erstreckt sich der Sachbesitzschutz bezüglich des herrschenden Grundstücks auch auf diese Vorrichtung.

daß die betreffende Handlung während des ganzen letzten Jahres vor der Störung wegen des eingetragenen Rechts unterlassen ist. Des Nachweises eines mit Wirksamkeit erlassenen Verbotes bedarf es nicht;[15]) denn inhaltlich besteht die Dienstbarkeit in dem Unterlassen desjenigen, was nach dem Inhalte der Eintragung nicht vorgenommen werden soll. In solchem Unterlassen besteht also die Ausübung, nicht in dem Verbote der entgegenstehenden Handlung.

Schutzberechtigt ist bei der Grunddienstbarkeit der Besitzer des herrschenden Grundstücks, gegen den sich die Eigenmacht richtet, also der unmittelbare Besitzer. Dieser kann sich der eigenmächtigen Störung mit Gewalt erwehren (§ 859 Abs. 1). Dieselbe Befugnis steht demjenigen zu, welcher zu dem Besitzer in einem Besitzdienerverhältnis steht, und in dieser Eigenschaft, z. B. als Dienstbote des Besitzers, in der Ausübung der Dienstbarkeit gestört wird. Der Besitzer des herrschenden Grundstücks hat aber weiter den Anspruch wegen eigenmächtiger Störung auf Beseitigung der Störung, sowie auf Unterlassung fernerer Störung (§ 862) nach Maßgabe der allgemeinen für den Sachbesitz geltenden Grundsätze und der besonderen für diesen Anspruch im Falle der Störung des Sachbesitzes geltenden Vorschriften.

Steht das herrschende Grundstück auch im mittelbaren Besitze, so hat auch dieser Besitzer neben dem unmittelbaren Besitzer den Anspruch, wenn der unmittelbare Besitzer in der Ausübung der Dienstbarkeit gestört ist (§ 869).

Im Falle einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist derjenige, für den das Recht eingetragen ist, zum Besitzschutze berechtigt, falls er selbst oder seine Leute (§ 855) in der Ausübung gestört werden. Übt er das Recht nicht selbst aus, sondern wird dasselbe von jemand ausgeübt, der zu dem Berechtigten in einem unter § 868 B.G.B. fallenden Verhältnisse steht,[16]) so finden die für den Besitzschutz des unmittelbaren und mittelbaren Sachbesitzers geltenden Vorschriften auch hier entsprechende Anwendung.

---

[15]) So auch Planck, Kommentar zu § 1029 Anm. 3b, Biermann, Kommentar zu § 1029 Anm. 1b.

[16]) Es hat z. B. jemand für seine Person das Recht auf Gewinnung von Mineralien oder anderen Bodenbestandteilen, das Jagdrecht auf fremden Grund und Boden erworben, und dieses Recht verpachtet. Die Zulässigkeit solcher Überlassung ergibt sich aus § 1092.

Geht die Störung von dem Besitzer des belasteten Grundstücks aus, so wird auch hiergegen der Rechtsbesitzer geschützt, wenn die Voraussetzung seines Schutzes, Ausübung der Dienstbarkeit innerhalb des letzten Jahres vor der Störung, vorliegt, es sei denn, daß diese Ausübung dem anderen gegenüber fehlerhaft war (§ 862 Abs. 2).

Darnach kann sich der Besitzer des belasteten Grundstücks nur der erstmaligen Ausübung der Dienstbarkeit widersetzen. Ist die Dienstbarkeit bereits fehlerfrei ausgeübt, so währt der Schutz ein Jahr lang, falls der Rechtsbesitz inzwischen nicht verloren, insbesondere nicht aufgegeben oder die Ausübung nicht dauernd unmöglich geworden ist.

Ist dagegen die Ausübung ein Jahr lang unterblieben, so findet Besitzschutz, gestützt auf die weiter zurückliegende Ausübungshandlung, nicht statt.

Von einer Entziehung des Rechtsbesitzes kann nicht die Rede sein. Wird die Ausübung des Rechtsbesitzes tatsächlich unmöglich gemacht, z. B. durch Umackern eines Weges, Zuschüttung eines Brunnens oder in ähnlicher Weise, so liegt doch nur eine in der Gegenwart fortbestehende Störung vor, gegen welche der Schutz aus § 862, nicht der aus § 861 B.G.B. stattfindet. Es kann deshalb auch von einem besonderen Selbstschutzrechte, von einer eigenmächtigen Befugnis zur sofortigen Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 859 Abs. 3 und 4) in solchem Falle keine Rede sein.[17])

Aus der vorstehenden Darstellung ergibt sich, daß der Rechtsbesitzschutz nur in Übereinstimmung mit dem Inhalte des Grundbuches, soweit es sich auf das belastete Grundstück bezieht, stattfindet. Dabei ist gleichgültig, ob der Inhalt mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt, ob das eingetragene Recht wirklich besteht. Aus solchem Grunde hat auch der Rechtsschutzbesitz neben dem Rechtsschutze seine selbständige Bedeutung; die durch die Eintragung begründete Vermutung genießt des selbständigen Schutzes, wenn die tatsächlichen Machtverhältnisse dem sich aus dem Grundbuche ergebenden und deshalb als rechtsbeständig

---

[17]) A. A. Planck, Kommentar zu § 1029. Gegen P. spricht nicht nur der Wortlaut des Gesetzes „wird der Besitzer gestört", sondern auch die Natur der Sache sowie der weitere Umstand, daß auch der Rechtsschutz nur ein negatorischer, kein vindikatorischer ist (§ 1027 B.G.B.).

vermutetem Rechtszustande entsprechen, mag das Recht in Wirklichkeit bestehen oder nicht.[18])

II.

Wie bereits oben angedeutet, ist der Besitz ein selbstwertes wirtschaftliches Gut, an dessen Erhaltung der Besitzer ein vermögensrechtliches Interesse hat. Insoweit erscheint der Besitz als ein eigenartiges Vermögensrecht. Es ist das freilich kein dingliches Recht, kraft dessen die Sache im ganzen oder im einzelnen der rechtlichen Herrschaft des Besitzers unterworfen wäre und so das Vermögen des Besitzers in seinem rechtlichen Zubehörstande vermehrte, vielmehr besteht das Wesen dieses Rechts lediglich in dem vermögensrechtlichen Interesse des Besitzers an der tatsächlichen Erhaltung des Besitzes als eines vom wirtschaftlichen und vom rechtlichen Standpunkte aus bedeutsamen Faktors.[19])

Es ist nunmehr zu erörtern, in welcher Weise dieses Recht — abgesehen von den unter 1 besprochenen Fällen des Besitzschutzes im engeren Sinne — nach den Regeln des Rechts der Schuldverhältnisse in gleicher Weise wie andere subjektive Rechte im Falle der Verletzung oder des Verlustes geschützt wird. Solcher Schutz ist nach doppelter Richtung hin denkbar, einmal aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung, „des ohne Rechtsgrund Erlangten" (condictio possessionis) und sodann aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung.

1. Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches unterschied den Besitz von der Inhabung. Diese war die tatsächliche Gewalt über die Sache, jener lag nur vor, wenn der Inhaber die tatsächliche Gewalt in Verbindung mit dem sog. Besitzwillen, animus domini, hatte (I, E. § 797). Es wird jedoch der Inhaber sowohl hinsichtlich des Schutzes gegen Eigenmacht als auch hinsichtlich des kontiktionenmäßigen Rechtsschutzes (I. E. § 737 Abs. 3) dem Besitzer gleichgestellt.

---

[18]) Darum ist der Ausspruch von Endemann, Einf. II § 107 Anm. 8, daß die Heranziehung des § 1029 im § 1090 Abs. 2 im wesentlichen verfehlt sei, verfehlt.

[19]) Die Motive zum ersten Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Bd. 3 S. 78) erklären wörtlich: „Den Besitz als Recht zu bezeichnen ist nicht unbedenklich, dagegen kann der Besitz ohne Bedenken als eine Rechtsposition bezeichnet werden; denn er gibt bei Behauptung und Geltendmachung des Eigentums eine vorteilhafte Stellung.

Der zweite Entwurf und mit ihm das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheiden nicht zwischen Besitz und Innehabung, vielmehr wird jede possessorisch geschützte Beziehung der Person zur Sache als „Besitz“ bezeichnet. Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Besitz als Rechtsgut keineswegs eine bloß zufällige Tatsache ist, welche objektiv betrachtet die Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, nicht ausschließt, vielmehr will dieses Rechtsgut erworben sein. Der Erwerb vollzieht sich in einer Willenshandlung, durch welche der Erwerbende die tatsächliche Gewalt erlangt (B.G.B. § 854)[20]) oder ohne solche kraft Rechtsvorschrift (B.G.B. §§ 857, 868, 870).[21]) Nur der erworbene Besitz ist ein von der Rechtsordnung anerkanntes und geschütztes Gut. Wenn nun nach § 812 B.G.B. dasjenige, was jemand durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund erlangt hat, dem Anderen herauszugeben ist, so muß diese Pflicht auch dann bestehen, wenn das Erlangte der Besitz ist.[22])

[20]) Diese Ausführung erfreut sich keineswegs allgemeiner Zustimmung. Dernburg (Das Sachenrecht § 17 Z. 4) unterscheidet zwischen vollkommenen und unvollkommenen Besitz. Der letztere ist nach D. der auf bloßem Raumverhältnisse ohne Besitzwillen beruhende Besitz, der erlösche, wenn das Raumverhältnis aufhört, für ihn gelte der Satz „animo retinetur possessio“ nicht, ihn können Kinder unter 7 Jahren und Geisteskranke erwerben, wie auch die Denkschrift S. 106 ausspreche. Diese Unterscheidung ist richtiger zu verwerfen. Das Gesetz macht diesen Unterschied nicht; eine willenlose tatsächliche Gewalt ist keine Gewalt, ein sog. unvollkommener Besitz ist kein Besitz im Sinne des Gesetzes. Die Frage, ob Kinder und Geisteskranke Besitz erwerben können, ist eine Tatfrage, sie entscheidet sich darnach, ob der Erwerber tatsächlich die erforderliche Willenskraft hat und in der Erwerbshandlung betätigt hat. Dann liegt aber vollkommener Besitz vor. Andernfalls kann eine solche Person nur durch Erbfolge oder mittelbar Besitz erwerben.

[21]) Auch den Satz „Der Besitz geht auf den Erben über“ (B.G.B. § 857) will man nur im uneigentlichen Sinne gelten lassen. So Planck, Kommentar zu § 857, s. dagegen Bekker, bei Bernhöft u. Binder, Beitr. Bd. I, S. 17.

[22]) Eine „condictio possessionis“ kannte schon das römische Recht, s. Windscheid, Lehrbuch I § 161. Die einzelnen in den Quellen vorkommenden Fälle (s. Windscheid a. a. O. Anm. 2) sind nicht nur Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes, sondern auch solche des Besitzverlustes mit dem Willen des Besitzers. Die Motive zum I. Entwurfe (II S. 830) äußern für den letzteren Fall Bedenken, gestützt auf die Annahme, daß es an einem Übergange eines Gegenstandes aus einem Vermögen in das andere Vermögen im strengen Wortsinne fehle, insofern die Tätigkeit des Leistenden dem anderen nicht Besitz und Inne-

Der Anspruch ist ein persönlicher; Inhalt, Umfang sowie die Person des Berechtigten ergeben sich aus der gesetzlichen Bestimmung, welche die Pflicht normiert. Die gesetzlichen Normen sind in den §§ 812 bis 822 B.G.B. enthalten.

Allgemeine Voraussetzungen (§ 812) sind demnach

a) Besitzerwerb seitens des Verpflichteten.

b) In dem Akt des Besitzerwerbs vollzieht sich gleichzeitig der Verlust des Besitzes an derselben Sache bei dem bisherigen Besitzer. Daher tritt die Verpflichtung nicht ein, wenn Besitzverlust und Besitzerwerb nicht in einem Akte zusammentreffen. Hatte also der Andere die Sache beispielsweise verloren oder war sie ihm in der Weise abhanden gekommen, daß der Besitz als verloren gelten muß, und wird der Besitz erst nach diesem Ereignisse erworben, so ist der Besitz nicht auf Kosten des Anderen erlangt. Gleichgültig ist für diese Frage, ob sich der Besitzerwerb mit dem Willen oder gegen den Willen des Anderen vollzog.

c) Der Erwerb entbehrt des Rechtsgrundes, indem entweder der Grund, welcher zum Besitzerwerb führte, vom Gesetze nicht gebilligt wird, oder der ursprüngliche Grund später weggefallen ist.

Für die Frage, ob der Erwerbsgrund gerechtfertigt ist oder nicht, ist von Wichtigkeit, ob der Besitzerwerb sich mit dem Willen des Anderen, also des bisherigen Besitzers, vollzog oder ohne dessen Willen.

Im ersteren Falle ist der Besitzerwerb gerechtfertigt, es sei denn, daß die Einräumung des Besitzes sich als eine Leistung darstellt, welche vom Gesetze als ungerechtfertigt angesehen wird und deshalb zurückzugewähren ist.[23]) Vorausgesetzt ist, daß die Leistung nur auf Verschaffung des Besitzes (z. B. Einräumung des Mietbesitzes, Übergabe zur Verwahrung) gerichtet war. Ist durch die Leistung der Empfänger Eigentümer der Sache geworden, so ist das Recht, nicht der Besitz zu

habung verschafft, sondern nur die Gelegenheit zur Ergreifung gewährt habe. Diese Bedenken haben jedoch gegenüber der Gestalt, in welcher der Besitz und der Bereicherungsanspruch im Gesetze selber erscheinen, keine Berechtigung, wie sich aus der weiteren Ausführung im Texte ergeben wird.

[23]) Aus dem Gesichtspunkte der Leistung einer Nichtschuld, des mit der Leistung bezweckten aber nicht erreichten Erfolges, des im Empfange der Leistung liegenden ungesetzlichen oder unsittlichen Verhaltens.

kondizieren;[24]) denn in diesem Falle hat der Empfänger das Recht auf den Besitz, er ist durch das Recht, nicht durch den Besitz ungerechtfertigt bereichert.

Erlangt jemand den Besitz ohne den Willen des bisherigen Besitzers, so wird in dem Erwerbsakte regelmäßig verbotene Eigenmacht oder eine unerlaubte Handlung liegen; dem bisherigen Besitzer steht also, abgesehen von dem unter 2 noch zu besprechenden Deliktanspruche, der Anspruch wegen eigenmächtiger Entziehung zu. Dieser ist gegen den Besitzer, der den Anderen gegenüber fehlerhaft besitzt, gerichtet, die Passivlegitimation bestimmt sich also in solchem Falle vor allem nach der Frage, wer jetzt Besitzer ist, und ob der Besitzer gegenüber dem Anderen fehlerhaft besitzt, es haftet also nicht nur derjenige, der den Besitz dem Anderen entzogen hat, sondern eventuell auch sein Nachfolger im Besitz. Der konditionenmäßige Anspruch geht aber nur gegen denjenigen, der dem Anderen den Besitz entzogen hat. Gleichgültig ist, ob derselbe den Besitz noch hat oder wieder aufgegeben hat, er hat im letzteren Falle den Wert zu ersetzen, jedoch kann er sich von der Haftung befreien, wenn er beweist, daß, resp. inwieweit er durch den Besitz nicht mehr bereichert ist (§ 812 Abs. 2 u. 3).

Ein weiterer Unterschied zwischen dem Interdiktenanspruche wegen Entziehung des Besitzes und dem konditionenmäßigen Anspruche liegt in dem Umfange der Herausgabepflicht. In jenem Anspruche handelt es sich nur um die Besitzfrage, er geht nur auf Restitution des Besitzes, auf nichts mehr, mit der Kondiktion haftet der Entziehende auch auf die Nutzungen, sogar auch auf dasjenige, was er als Ersatz für den etwa aufgegebenen Besitz erhalten hat (§ 818 Abs. 1).

Die für den Interdiktenanspruch gesetzte Ausschlußfrist von einem Jahre (§ 864 Abs. 1) findet hier keine Anwendung. Andererseits kann der Erwerber dem konditionenmäßigen Anspruche gegenüber einwenden, daß ihm gegenüber dem Anderen ein Recht zum Besitze zusteht; denn durch ein solches Recht wird festgestellt, daß der Erwerber durch den erlangten Besitz nicht bereichert ist, da er nur das erlangt hat, worauf er ein Recht hatte.

Erlangte der Erwerber den Besitz in der irrigen Annahme, daß der Andere mit der Besitzergreifung einverstanden sei, hat aber kein

[24]) A. A. Bruns, Die Besitzklagen S. 200.

Recht auf den Besitz, so ist er durch den Besitz auf Kosten des Anderen ungerechtfertigt bereichert, der Andere hat also den kondiktionenmäßigen Anspruch.

Besonderer Betrachtung bedarf der Fall, in welchem jemand den Besitz mit dem Willen des Besitzers, aber ohne den Willen des mittelbaren Besitzers erlangt hat, indem der Besitzer dem mittelbaren Besitzer die Sache in unredlicher Absicht verbringt. Kennt der Erwerber die unredliche Absicht, so haftet er aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung, andernfalls haftet er, soweit er nicht Eigentum und damit das Recht auf den Besitz erworben hat, dem früheren Besitzer mit dem kondiktionenmäßigen Anspruche. Ebenso liegt der Fall, wenn die Weggabe des Besitzes seitens des Besitzers nicht in unredlicher Absicht, sondern infolge eines Irrtums erfolgte, und der Empfänger kein Recht an der Sache erworben hatte.[25])

In allen diesen Fällen hat der Erwerber den Besitz dem mittelbaren Besitzer selbst herauszugeben, der Anspruch des letzteren ist nicht etwa, wie im Falle der Entziehung durch Eigenmacht, zunächst auf Herausgabe an den früheren unmittelbaren Besitzer gerichtet.

Hat der mittelbare Besitzer den Besitz übertragen, indem er seinen Anspruch auf Herausgabe der Sache an den Erwerber abgetreten hat (§ 870), und liegt darin eine Leistung, durch welche der Erwerber ungerechtfertigt bereichert ist, so ist der Anspruch auf Herausgabe in der Weise geltend zu machen, daß die Wiederabtretung des Anspruchs begehrt wird.

2. Einen weiteren Schutz nach dem Rechte der Schuldverhältnisse findet der Besitz durch die Vorschriften über die Rechtsfolgen einer unerlaubten Handlung (§§ 823 ff.).

Wenn nach § 823 schadensersatzpflichtig ist, wer vorsätzlich oder fahrlässig — — — — das Eigentum oder ein anderes Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, so findet dies auch auf das rechtlich geschützte Interesse an der Erhaltung des Besitzstandes, auf dieses Recht des Besitzers Anwendung.

Erfolgt also die eigenmächtige und deshalb widerrechtliche Störung im Besitze oder Entziehung des Besitzes vorsätzlich oder fahrlässig, so ist der Besitzer berechtigt, von dem schuldvoll Handelnden, den Mit-

[25]) S. den Fall bei **Buchka** und **Budde**, Entsch. Bd. 5 S. 279 ff.

tätern, Anstiftern und Gehülfen nach Maßgabe der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen Schadensersatz zu begehren. Für die Ausgleichungspflicht gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. B.G.B.

Im Falle der schuldvollen widerrechtlichen Entziehung des Besitzes kommen für den Umfang der Verpflichtung weiter die besonderen Bestimmungen der §§ 848—850 in Anwendung. Darnach haftet der Verpflichtete auch für den zufälligen Untergang, eine aus einem anderen Grunde eintretende Unmöglichkeit der Herausgabe oder eine zufällige Verschlechterung, es sei denn, daß der Untergang, die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung auch ohne die Entziehung eingetreten sein würde (semper in mora est), andererseits hat der Verpflichtete als Besitzer der herauszugebenden Sache die gleichen Ansprüche, wie der Besitzer gegenüber dem Eigentümer. Hat der Verpflichtete den Wert oder die Wertminderung zu ersetzen, so hat er die Ersatzsumme zu verzinsen (§ 849).

Handelt es sich um den Besitz einer beweglichen Sache, so ist der Besitzer nach Maßgabe des § 1006 B.G.B. legitimiert, den Schaden des Eigentümers geltend zu machen; der Verhaftete wird in diesem Falle durch Leistung des Ersatzes an den Besitzer auch gegenüber dem Eigentümer oder sonstigen dinglich Berechtigten frei, es sei denn, daß ihm das Recht des Dritten bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war (§ 851).

Im übrigen hat der Besitzer in jedem Falle den Umfang seines Schadens zu liquidieren, die Feststellung desselben erfolgt im Streitfalle nach freiem richterlichen Ermessen (C.P.O. § 287).

Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt in drei resp. dreißig Jahren, nach der Verjährung geht er nur noch auf die Bereicherung (§ 852).[26]

Der Anspruch richtet sich gegen die als Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehülfen Verpflichteten als Gesamtschuldner, gleichgültig ob diese aus der unerlaubten Handlung etwas, insbesondere den Besitz erlangt haben oder nicht.

Soweit das erstere der Fall ist, kann der Anspruch mit dem konditionenmäßigen und dem Anspruche wegen eigenmächtiger Entziehung konkurrieren. Soweit der Berechtigte das Beanspruchte, insbesondere

[26]) Der Bereicherungsanspruch unterliegt nur der ordentlichen Verjährung.

den Besitz, infolge eines anderen Anspruchs bereits wiedererlangt hat, ist der Schadensersatzanspruch gegenstandslos geworden.

Der Anspruch geht nur gegen den Täter, den Mittäter, Anstifter und Gehülfen, im Falle der Entziehung nicht gegen den dritten Besitznachfolger, dessen Besitz dem Anderen gegenüber als fehlerhaft gilt. Der Erbe des Verpflichteten haftet nach den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung für Nachlaßschulden.

Hatte der Entziehende oder Störende im Verhältnisse zu dem Besitzer ein Recht auf den Besitz oder die störende Handlung, so wird dadurch allein der Anspruch aus der schuldvollen widerrechtlichen Handlung nicht ausgeschlossen. Inwieweit dieser Umstand auf die Berechnung des Schadens von Einfluß ist, muß im einzelnen Falle festgestellt werden. Hat der Besitzer einen weiteren Schaden als den Verlust des Besitzes, auf den der Täter ein Recht hatte, oder die Duldung der störenden Handlung, auf deren Vornahme der Täter ein Recht hatte, nicht erlitten, so entfällt der Anspruch auf Schadensersatz und es verbleibt nur der Interdiktenanspruch nach Maßgabe der unter I dargestellten Grundsätze.

Besteht an der Sache auch mittelbarer Besitz, so hat der mittelbare Besitzer neben dem unmittelbaren Besitzer den Schadensersatzanspruch selbständig, soweit auch er Schaden erlitten hat. Den Schaden des Eigentümers kann in solchem Falle nur der mittelbare Besitzer geltend machen (§ 1006 Abs. 3).

III.

Der Fahrnisbesitz hat im Deutschen Rechte eine besondere Ausbildung erfahren. Schon das Partikularrecht, besonders das Preußische Landrecht (I, 7 §§ 161 ff.), gewährte eine vindikatorische Klage aus früherem Besitze gegen den gegenwärtigen schlechteren Besitzer, und schützte dadurch den Fahrnisbesitzer im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes gegen den jetzigen Besitzer. Das französische Recht (Code civ. a. 2230) läßt im Fahrnisbesitze die Eigentumsklage in der Besitzrechtsklage aufgehen.[27]) Diese Entwicklung hat das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen und gewährt gleichfalls dem Fahrnisbesitzer eine besondere Rechtsstellung, es schützt ihn wie den Eigentümer gegen den

[27]) Besonders Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht S. 49.

Besitzer durch Gewährung eines vindikatorischen Anspruchs auf Wiedererlangung des verloren gegangenen Besitzes der Sache (§ 1007).

Dieser Anspruch unterscheidet sich wesentlich von dem rekuperatorischen Anspruche des Besitzers im Falle eigenmächtiger Entziehung. Der letztere Anspruch geht gegen den Besitzer, der im Verhältnis zu dem Anspruchsberechtigten fehlerhaft besitzt, während der vindikatorische Anspruch gegen den gegenwärtigen Besitzer als solchen geht, der dem besseren Besitze des früheren Fahrnisbesitzers weichen muß. Dort besteht eine subjektive Beziehung zwischen dem Anspruchsberechtigten und dem Anspruchsverpflichteten, indem jenem der Besitz von diesem oder dem Vorfahr entzogen war, hier besteht eine solche Beziehung nicht, es kommt lediglich auf die Qualifikation des Besitzes an, darauf, daß der frühere Besitz des Anspruchsberechtigten im Verhältnisse zu dem gegenwärtigen Besitze des Anspruchsverpflichteten der bessere ist. In solchem Falle hat der frühere Besitzer gegenüber dem gegenwärtigen Besitzer ein Recht auf den Besitz, in derselben Weise, wie der Eigentümer gegenüber dem Besitzer, der frühere Besitzer kann von dem gegenwärtigen Besitzer die Herausgabe der Sache nach Maßgabe der für den vindikatorischen Anspruch des Eigentümers geltenden Grundsätze verlangen, es gelten also abgesehen von den subjektiven Voraussetzungen in der Person des Berechtigten und des Verpflichteten, welche hier besonders darzustellen sind, diejenigen Grundsätze, welche das Bürgerliche Gesetzbuch für den vindikatorischen Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer, insbesondere über den Umfang der Herausgabepflicht, die dingliche und persönliche Haftung (§§ 989—993), die Pflicht zum Schadensersatze (§§ 989—993), die Gegenansprüche wegen Verwendung (§§ 994—1003) und die Weigerungseinreden (§ 986) aufgestellt hat (§ 1007 Abs. 3 Satz 2 B.G.B.).

Die besonderen subjektiven Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs sind die folgenden:

Anspruchsberechtigt ist der frühere Besitzer, mag er Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer, unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer gewesen sein. Ausgeschlossen ist der Anspruch, wenn — was der Verpflichtete im Streitfalle zu beweisen hat — der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht im guten Glauben war (B.G.B. § 1007 Abs. 3).

Anspruchsverpflichtet ist der gegenwärtige Besitzer, dessen Besitz im Verhältnis zu dem Besitze des Berechtigten der schlechtere ist. Um das festzustellen, ist von Wichtigkeit, den Fall, in welchem dem

früheren Besitzer die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, auszuscheiden.

Liegt ein solcher Besitzverlust nicht vor, d. h. kann, wer den Anspruch erhebt, nicht behaupten und im Streitfalle beweisen, daß er in solcher Weise den Besitz verloren hat, so besteht der Anspruch nur, wenn der gegenwärtige Besitzer beim Erwerbe des Besitzes nicht im guten Glauben war. Daß diese Voraussetzung zutrifft, hat im Streitfalle der Berechtigte zu beweisen (B.G.B. § 1007 Abs. 1). Der Anspruch ist jedoch ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben hat, was im Streitfalle der Verpflichtete zu beweisen hat (B.G.B. § 1007 Abs. 3).

Kann dagegen, wer den Anspruch erhebt, behaupten und im Streitfalle beweisen, daß ihm die Sache in der bezeichneten Weise abhanden gekommen ist, so kommt es darauf, ob der gegenwärtige Besitzer nicht im guten Glauben war, nicht an; der gegenwärtige Besitz ist in diesem Falle auch dann der schlechtere, wenn diese negative Voraussetzung nicht vorliegen sollte, es sei denn, daß der Besitzer Eigentümer der in Besitz genommenen Sache geworden ist,[28]) oder daß er vor der Besitzzeit des Anspruchsberechtigten bereits Besitzer war, und ihm die Sache gleichfalls in der bezeichneten Weise abhanden gekommen war (B.G.B. § 1007 Abs. 2). Liegt einer dieser Ausnahmefälle vor, und daß er vorliegt, hat im Streitfalle der gegenwärtige Besitzer zu beweisen, so ist der gegenwärtige Besitz der bessere. Den Anspruch auf Herausgabe kann der frühere Besitzer in diesem Falle nur aus dem Gesichtspunkte eines ihm etwa zustehenden Rechtes zum Besitze, das gegenüber dem gegenwärtigen Besitzer wirksam ist, verfolgen.[29])

---

[28]) In dem Falle des § 1007 Abs. 1 kommt es darauf allein nicht an. Behauptet in jenem Falle der Verpflichtete Eigentümer zu sein, so wird er nur dann mit dieser Behauptung gehört, wenn ihm als Eigentümer gegenüber dem Berechtigten ein Recht zum Besitze zusteht (B.G.B. § 986).

[29]) Es kann vom prozeßrechtlichen Standpunkte aus zweifelhaft erscheinen, ob der frühere Besitzer, der nur sein Recht auf den Besitz mit der Klage verfolgt hat, im Wege der Gegeneinrede (replicando) ein Recht zum Besitze geltend machen kann, ohne sich der Einrede der unzulässigen Klageänderung auszusetzen. Jedenfalls führt es in dem Falle, wenn der Kläger nicht behaupten und beweisen kann, daß der Beklagte beim Besitzerwerbe nicht in gutem Glauben war, auch im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes sicherer zum Ziele, wenn der Kläger das ihm etwa zustehende Recht zum Besitze vor oder wenigstens neben dem Rechte aus dem Besitze verfolgt.

IV.

Als Ergebnis unserer Darstellung ergibt sich das folgende:

Der Besitz als tatsächliche Macht ist zunächst ein wirtschaftlicher Faktor, er ermöglicht die Nutzung der körperlichen Sachen.

Eigenmächtige Störung des nach Vorschrift der Rechtsordnung erworbenen Besitzes ist Störung der Rechtsordnung. Die Rechtsordnung gewährt Schutz gegen solche Störung in den possessorischen Klagen (I) und erkennt damit das wirtschaftliche Interesse an der Erhaltung und Wiedererlangung des Besitzes als ein rechtlich geschütztes Interesse, als eigenartiges Vermögensrecht an.

Dieses Vermögensrecht genießt wie jedes andere Recht weiteren Schutz gegen Verletzung durch unerlaubte Handlung und im Falle des ungerechtfertigten Verlustes an einem anderen nach dem Rechte der Schuldverhältnisse (II).

Bei diesem Ergebnisse ist aber die Gesetzgebung im Fahrnisbesitze nicht stehen geblieben; der Fahrnisbesitzer genießt im Falle des Besitzverlustes außerdem einen sachenrechtlichen Schutz, ihm steht ein vindikatorischer Anspruch gegen den gegenwärtigen Besitzer zu, wenn sein Besitz der relativ bessere war.

Es erübrigt nun noch die Frage, ob der Besitz auch als Rechtsverhältnis im Sinne des § 287 C.P.O. anzusehen ist und deshalb auch Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann. Die Frage ist m. E. zu bejahen.

Unter einem Rechtsverhältnis versteht man die vom objektiven Rechte normierte Beziehung der Person zu anderen Personen und zu den Dingen der Außenwelt.[30]) Daß der nach Vorschrift der Rechtsordnung erworbene Besitz — wenn auch als tatsächliches Machtverhältnis — doch ein solches Rechtverhältnis ist, kann nach dem Resultate unserer Darstellung nicht zweifelhaft sein.

Der Besitz ist zum Besitztum, zu einem die Gewähr des Rechtsfriedens umfassenden Rechtsinstitut geworden. Durch den erworbenen Besitz ist ein konkretes Rechtsverhältnis entstanden, das wie jedes Rechtsverhältnis gegebenen Falls auch durch Feststellungsklagen zu

[30]) Daß auch die unmittelbaren Beziehungen der Person zu den Sachen, z. B. das Eigentum, als Rechtsverhältnis aufzufassen ist, darüber s. u. a. Regelsberger, Pandekten, S. 72 unter 2.

schützen ist. Sollte also ein Interesse desjenigen, der in diesem Rechtsverhältnisse steht, einem anderen gegenüber daran bestehen, daß dies Rechtsverhältnis als bestehendes festgestellt wird, oder sollte jemand ein rechtliches Interesse daran haben, daß festgestellt wird, ein Anderer sei im Verhältnisse zu ihm nicht Besitzer, so kann dieses Interesse im Wege der Feststellungsklage nach beiden Richtungen (positiv und negativ) geltend gemacht werden.

Dasselbe dürfte gelten für die Feststellung des Verhältnisses des Besitzers zum Besitzdiener, des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer.

Freilich ist zuzugeben, daß solche Klagen in der Praxis der Gerichte selten vorkommen werden, ihre Zulässigkeit an sich ist jedoch nicht in Zweifel zu ziehen.

3.

Die Reservefonds der Aktiengesellschaften.

Von Dr. Willy Alterthum in Oderberg (Mark).

Abkürzungen.

Behrend = Lehrbuch des Handelsrechts Bd. 1 Abt. 2, Berlin 1896.

Cosack = Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Aufl., 1898.

Dernburg = Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1 Lieferung 2, Halle 1901.

Esser = Die Aktiengesellschaften nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 von R. und F. Esser.

G.Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt und anderen.

D.J.Z. = Deutsche Juristenzeitung. Herausgegeben von Laband, Staub und Stenglein.

Endemann = Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgegeben von Endemann.

Holdheim = Wochenschrift, später Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen, seit 1897 Monatsschrift für Handelsrecht. Herausgegeben von Holdheim.

Johow = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts. Herausgegeben von Johow und Ring.

Makower = Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 12. Aufl., bearbeitet von F. Makower.

Neukamp = Der Reservefonds der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien in G.Z. Bd. 38 S. 10ff.

Petersen und Pechmann = Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften 2c. vom 18. Juli 1884. Leipzig 1890.

Kohler und Ring = Archiv f. bürgerliches Recht Bd. 9. Herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann.

Pinner = Das deutsche Aktienrecht. Berlin 1899.

Planck = Das bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert von Planck in Verbindung mit anderen.

Puchelt=Förtsch = Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., 1894.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Ring = Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften 2c. vom 18. Juli 1884, 2. Aufl., 1893.
Lehmann=Ring = Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1900 (Heymann).
R.O.H.G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Renaud = Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Leipzig 1875.
Simon = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, 2. Aufl., Berlin 1898.
Staub = Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. und 7. Aufl., Berlin 1900.
Thoel = Das Handelsrecht, 6. Aufl.
v. Völderndorff = Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, Erlangen 1884.

---

§ 1.

Zweck und Wesen des Reservefonds.

Um die nationalen Volkswirtschaften vor den Schädigungen, die der Zusammenbruch von Kapitalsvereinen notwendig zur Folge hat, möglichst zu bewahren, hat in neuerer Zeit die Gesetzgebung fast aller Kulturstaaten[1]) meist nach dem Vorgange des französischen Gesetzes, betreffend die Gesellschaften vom 24. Juli 1867 Titel II Art. 36, die Bildung von Reservefonds vorgesehen. Der Staat will hierdurch dem Egoismus der in der Gesamtheit der Mitglieder des Vereins verkörperten Einzelnen, welche den Erwerbsvereinen um ihres Gewinnes willen beigetreten sind und die über dem eigenen Augenblicksinteresse die Sorge für die Zukunft des Unternehmens zu vergessen geneigt sind, eine Schranke ziehen.

---

[1]) Argentinien, Gesetz vom 5. Oktober 1889 Art. 363. — Belgien, Gesetz vom 18. Mai 1873 § 6 Art. 62 Abs. 3. — Chile, Gesetz vom 23. November 1865 Art. 426 Ziff. 8, Art. 463. — Guatemala, Gesetz vom 20. Juli 1877 Art. 302 Ziff. 8, 327. — Honduras, Gesetz vom 27. August 1880 Art. 424 Ziff. 8, 431, 461. — Italien, Gesetz vom 31. Oktober 1882 Art. 182. — Nicaragua, Gesetz vom 12. März 1869 Art. 156 Ziff. 6. — Portugal, Gesetz vom 28. Juni 1888 Art. 191. — Salvator, Gesetz vom 1. Mai 1882 Art. 342 Ziff. 8, 369. — Schweiz, Obligationenrecht vom 1. Januar 1883 Art. 656 Ziff. 6, 631. — Ungarn, Gesetz vom 16. Mai 1875 Art. 199 Ziff. 4. — Venezuela, Gesetz vom 12. Juli 1870 Art. 210.

Die Entwicklung, welche das Institut des Reservefonds in Deutschland genommen hat, deckt sich im wesentlichen mit der Fortbildung desselben in den übrigen Kulturstaaten. Anfangs nur auf den Verwaltungsdispositionen des leitenden Organes beruhend, wurde die Bildung des Reservefonds später gegenüber den Willkürlichkeiten derartiger Operationen den Mitgliedern des Vereins durch das Statut garantiert und durch das Gesetz anerkannt, um schließlich vom Gesetz selbst obligatorisch gemacht zu werden. Dem Stande dieser Entwicklung entsprechend hat auch in Deutschland die Gesetzgebung mit ihrem Zwange heute überall da eingegriffen, wo, wie bei den lediglich auf Gewinn gerichteten Erwerbsvereinen, die Gefahr einer Schädigung der gesamten Volkswirtschaft durch übereilte Austeilung des Gewinnes besonders groß erschien. Demzufolge schreibt das H.G.B. vom 10. Mai 1897 in seinem § 262 die Bildung eines Reservefonds für die Aktiengesellschaften vor, und nach § 320 Abs. 3 desselben Gesetzes gilt ein Gleiches für die Kommanditgesellschaften auf Aktien; entsprechende Vorschriften enthält § 7 des R.G. betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 (in der Fassung vom 20. Mai 1898) und die §§ 37 und 38 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901.

Wollen die Erwerbsvereine, die von dem Grundsatze der Verteilung des gesamten Reingewinnes unter ihre Mitglieder beherrscht werden, einen Reservefonds bilden, so müssen sie einen entsprechenden Teil des Reingewinns von der Verteilung ausschließen. Sie müssen also, um den verteilbaren Reingewinn zu ermitteln, von den tatsächsächlichen Überschüssen der Aktiva über die Passiva einen entsprechenden Teil in Abzug bringen. Zu diesem Zwecke stellen sie Verteilungspläne auf, die Jahresbilanzen, in denen infolgedessen das Wesen dieser Erwerbsvereine seinen prägnantesten Ausdruck findet. Das Recht der Mitglieder auf die Austeilung des verteilbaren Reingewinns drückt den Bilanzen seinen Stempel auf; ja diese Bilanzen werden eigens zu dem Zwecke aufgestellt, den unter die Mitglieder verteilbaren Reingewinn zu ermitteln. Sie unterscheiden sich hierdurch scharf von den Bilanzen des Einzelkaufmannes, der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, die eine Darstellung des Istvermögens geben sollen.

Von diesem Gesichtspunkte aus finden die Vorschriften ihre Erklärung, welche das H.G.B. hinsichtlich der Aufstellung der Bilanzen

der Aktienvereine gibt. Wenn das Gesetz vorschreibt, daß der Betrag des Grundkapitals auf der Passivseite der Bilanz figurieren müsse, so ist dies der buchmäßige Ausdruck für das Prinzip, daß Werte in Höhe des Grundkapitals dem Aktienvereine als wirtschaftliche Grundlage erhalten bleiben müssen. Sie müssen von der Verteilung darum ausgeschlossen werden, weil sie selbst nicht Reingewinn sind, sondern erst der Erzeugung des Reingewinns dienen sollen. Verteilbarer Reingewinn kann sich also nur dann ergeben, wenn sie von den Aktiven in Abzug gebracht sind, und dies bewirkt die Buchung auf der Passivseite. Aus gleichen Gründen ist auch die Buchung eines jeden Reservefonds unter den Passiven vorgeschrieben.

Die auf den ersten Blick absurd erscheinende Tatsache, daß der Reservefonds, ein Aktivum, auf der Passivseite der Bilanz figuriert, findet also ihre einfache Erklärung dadurch, daß die Bilanzen der Aktienvereine nicht eine Übersicht über das Aktivvermögen liefern, sondern den jährlich verteilbaren Reingewinn ermitteln sollen.

Reservefonds im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs ist eine dem Gewinne eines guten Jahres entnommenene Rücklage, welche bestimmt ist, die Verluste späterer schlechterer Jahre auszugleichen.

Das Wort: Reserve„fonds" hat vielfach irrige Vorstellungen hervorgerufen. Man ist gewöhnt, unter einem „Fonds" eine abgesonderte Vermögensmasse zu verstehen und hat daher vielfach verlangt, daß der Reservefonds „wirklich vorhanden", das will sagen in sicheren Werten angelegt sein müsse.[2] Nun könnte eine derartige Anlegung durch das Statut vorgesehen sein, nach dem Gesetz ist sie aber nicht begrifflich notwendig. Es wäre dann ein Teil des Gesellschaftsaktivvermögens gebunden. „Wirklich vorhanden" ist der Reservefonds aber auch dann, wenn er ebenso wie das Grundkapital „werbendes Kapital" des Aktienvereins darstellt.

Die Tatsache, daß der Reservefonds keine feste Vermögensmasse darstellt, hat aber andrerseits zu der ebenfalls irrigen Auffassung geführt, daß der Reservefonds lediglich ein fiktiver Buchposten sei, dem

[2] Vgl. auch **Boßberg**: „Die Katastrophen in unseren Aktienunternehmungen und die Gesetzgebung über deren Reservefonds in der Wochenschrift „Die Gegenwart" Jahrg. 1901 Nr. 38, 39 und **Warschauer**: „Die Reservefonds der deutschen Aktiengesellschaften" in den „Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik. III. Folge. 25. Band. 1. Heft. Januar 1903. S. 3, 20ff.

keine materiellen Werte entsprechen. Diese Auffassung verkennt, daß die Buchung des Reservefonds den zu ermittelnden verteilbaren Reingewinn in Höhe seines Betrages mindert, daß also die auf die einzelnen Mitglieder fallende Gewinnquote verhältnismäßig erniedrigt wird. Man darf also nicht sagen, daß der Reservefonds lediglich ein fiktiver Buchposten sei; denn seine Buchung zeitigt reale Wirkungen.

Es ist daher nur berechtigt, wenn man sich bemüht, die in der Tat „sinnverwirrende"[3]) Bezeichnung „Reserve-Fonds" durch eine andere treffendere zu ersetzen. Das H.G.B. gebraucht „Rücklage" und „Reservefonds" synonym und das R.G. über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 definiert den Reservefonds als eine „Rücklage". Die Benennung „Rücklage" jedoch, die doch nur als „Rücklage aus dem Gewinn" ergänzt werden kann, ist jedenfalls für den gesetzlichen Reservefonds der Aktiengesellschaften nicht zutreffend. Denn nach den Bestimmungen des H.G.B. hinsichtlich des Reservefonds der Aktiengesellschaften setzt sich dieser nicht nur aus Gewinnrücklagen, sondern aus zwei weiteren Bestandteilen zusammen, die ihrer juristischen Natur nach nichts mit den Gewinnrücklagen gemeinsam haben, als daß sie ebenso wie diese auf der Passivseite der Bilanz gebucht werden müssen (vgl. darüber das Nähere unten § 3 II).

Der „Reservefonds" im Sinne des Gesetzes deckt sich also nicht mit dem, was man im Sprachsinne unter Reservefonds versteht. Er deckt sich ebensowenig mit der Bezeichnung „Gewinnrücklage". Auch das Wort „Bestand"[4]) wäre wohl nicht geeignet, einen vor weiteren Verwirrungen schützenden Ersatz zu bieten. Als passend erscheint die schon jetzt in der Literatur vielfach gebräuchliche Benennung: „Reservekonto". Diese Bezeichnung gewährt aber auch nur dann eine annähernd richtige Vorstellung, wenn man dabei lediglich an „von der Verteilung unter die Aktionäre zu bestimmten Zwecken ausgeschlossene Beträge" denkt.

Der „Reservefonds" im Sinne des Gesetzes ist nicht ein „aus dem Reingewinn gebildetes Aktivvermögen einer Aktiengesellschaft, welches der Verteilung nicht unterliegt",[5]) sondern derjenige Teil des

---

[3]) Vgl. Holdheim in seiner Zeitschrift Jahrg. 1893 S. 248.

[4]) Vgl. Keyßner in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 48 S. 516.

[5]) So Neukamp S. 14; Behrend S. 876.

Vermögens der Aktiengesellschaft, „welcher nicht Grundkapital bildet, aber auch nicht unter die Aktionäre verteilt werden darf".[6])

Dagegen entspricht das Wesen der auf einer Anordnung des Statuts beruhenden sogen. freiwilligen Reservefonds der Vorstellung, welche wir mit der Bezeichnung Reservefonds im allgemeinen Sprachgebrauch verbinden: hier handelt es sich in der Tat lediglich um von der Verteilung unter die Mitglieder zu bestimmten Zwecken ausgeschlossene Teile des Reingewinns.[6a])

§ 2.

Arten und Bilanzierung.

I. Arten.

a) Eigentlicher Reservefonds ist immer von der Verteilung ausgeschlossener Reingewinn. Insoweit sich der gesetzliche Reservefonds der Aktiengesellschaften, oder, wie er vielfach auch genannt wird, der Reservefonds Κατ'ἐξοχὴν, aus nicht aus dem Reingewinn entnommenen Bestandteilen zusammensetzt, ist er als eigentlicher Reservefonds in diesem Sinne nicht anzusehen.

b) Dagegen sind die auf Statut beruhenden Reservefonds als eigentliche Reservefonds zu bezeichnen. Diese letzteren pflegt man auch als „freiwillige" Reservefonds zum „gesetzlichen" Reservefonds in Gegensatz zu bringen. Man will hiermit ausdrücken, daß die Bildung freiwilliger Reservefonds dem Ermessen des Statuts oder der Generalversammlung überlassen ist, während die Bildung des Reservefonds Κατ'ἐξοχὴν oder, wie er auch genannt zu werden pflegt, Zwangsreserve- oder Kapitalergänzungsfonds, auf gesetzlichem Gebot beruht.

c) Andere Bedeutung haben die Bezeichnungen: echte und unechte Reservekonten. Die ersteren, die Reservefonds im weitesten Sinne, sind, sei es nun auf Grund gesetzlicher oder statutarischer Anordnung, von der Verteilung auszuschließende Beträge, die letzteren sind jedoch nur „die Korrektur einer an sich zu hohen Wertsansetzung in der Rubrik

---

[6]) Vgl. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. 1, 2. Lieferung, Halle 1901, S. 229.

[6a]) Warschauer a. a. O. S. 20 ff. und S. 47 empfiehlt eindringlich vom nationalökonomischen Standpunkte aus eine durchgreifende Änderung des § 262 des H.G.B.

der Aktiva".[7]) Echte Reservekonten sind also auch nicht diejenigen Beträge, welche in die Passivseite der Bilanz eingestellt sind, „um einen sachlich zu hohen Ansatz eines auf der anderen Seite der Bilanz befindlichen Postens auszugleichen",[8]) also erst zur Ermittelung des wahren Vermögensstandes der Gesellschaft dienen (sogen. relative Bewertungskonten).[9]) Sie sind völlig unabhängig von Gewinn und Verlust; ihre Buchung auf der Passivseite erfolgt aus gesetzlichen Notwendigkeitsgründen. Dieser scharfe begriffliche Gegensatz zwischen den Reservefonds im weitesten Sinne und den relativen Bewertungskonten ist darum besonders hervorzuheben, weil § 261 Z. 5 des H.G.B., der die Aufnahme des Betrages eines jeden Reserve- und Erneuerungsfonds unter die Passiva anordnet, zu der Annahme verleiten könnte, auch den Erneuerungsfonds, ein relatives Bewertungskonto, den echten Reservekonten gleich zu erachten. Aber beide haben nur das gemeinsam, daß sie, ohne Gesellschaftsschulden zu sein, auf der Passivseite der Bilanz figurieren. Jedoch ist der in dem § 261 Z. 3 des H.G.B. als unechtes Reservekonto durch das Gesetz anerkannte Erneuerungsfonds nicht das einzige dieser relativen Bewertungskonten. Ihm gleich zu erachten ist insbesondere der sogen. Delkrederefonds und die sonstigen, unter den allerverschiedensten Namen in der Geschäftspraxis auftauchenden Bewertungskonten. Dem Delkrederefonds ist freilich die gesetzliche Sanktion versagt worden; denn angesichts der zwingenden Natur der auf die Aufstellung der Bilanz bezüglichen Vorschriften ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz, wenn es im § 261 Z. 3 den Erneuerungsfonds umschreibt, nur das Beispiel eines relativen Bewertungskontos geben wollte. Vielmehr stellt § 40 des H.G.B. auch eine für die Bilanzen der Aktiengesellschaften gültige Regel auf, und hiernach sind zweifelhafte Forderungen nach ihrem wahrscheinlichen Werte anzusetzen, uneinbringliche Forderungen abzuschreiben: Die Einstellung eines „Delkrederefonds" in die Bilanz ist also ungesetzlich.[10])

Erneuerungsfonds ist nach § 261 Z. 3 des H.G.B. der Betrag, welcher der sich durch den Abzug des durch die Abnutzung verminderten

---

[7]) Staub Anm. 23 zu § 262 S. 810.

[8]) Makower zu § 262.

[9]) Vgl. Simon S. 130.

[10]) Ebenso Neukamp S. 19, 22; abw. R.O.H.G. Bd. 25 Nr. 77; R.G. Bd. 22 S. 162; Simon S. 138.

Wertes von dem Anschaffungs- oder Herstellungspreise von Anlagen und sonstigen nicht zur Weiterveräußerung, vielmehr dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmten Gegenständen ergebenden Differenz gleichkommt. Während gemäß § 40 des H.G.B. Vermögensgegenstände nach dem Werte in der Bilanz anzusetzen sind, der ihnen in dem Zeitpunkte beizumessen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet, ist also hinsichtlich der Bilanzen der Aktiengesellschaften durch das Gesetz ausnahmsweise für zulässig erklärt, daß zunächst unter den Aktiven Anschaffungs- oder Herstellungspreis figurieren darf, wofern nur ein entsprechender Erneuerungsfonds in die Passiva eingestellt wird. Der Erneuerungsfonds ist also kein von der Verteilung ausgeschlossener Betrag, sondern eine gesetzlich vorgeschriebene, in besonderer Form gebuchte Abschreibung zwecks „Wertsermittelung des Istvermögens".[11]) Werden indessen bereits auf der Aktivseite die im § 261 Z. 3 des H.G.B. bezeichneten Gegenstände nicht nach dem Anschaffungs- oder Herstellungspreise, sondern nach ihrem wirklichen Werte zur Zeit der Bilanzaufstellung gebucht, so ist der im Statut vorgesehene und dementsprechend in die Passiva gestellte Erneuerungsfonds nicht mehr eine bloß buchmäßige Abschreibung, sondern wirkliche „Rücklage" aus dem Reingewinn, also eigentlicher Reservefonds.

Dieselben Grundsätze gelten für den an sich ungesetzlicherweise in die Bilanz gestellten Delkrederefonds, d. h. denjenigen Betrag, welcher gleich der Differenz ist, die sich durch den Abzug des wahrscheinlichen von dem wirklichen Werte zweifelhafter Forderungen ergibt. Auch er ist lediglich Abschreibung; sobald er jedoch das wahre Bedürfnis überschreitet, stellt er von der Verteilung ausgeschlossenen Reingewinn dar.

Ob ein eigentlicher Reservefonds oder ein Bewertungskonto vorliegt, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Die kaufmännische Terminologie schwankt vielfach bezüglich der Bezeichnung dieser Fonds und stimmt zuweilen nicht mit der gesetzlichen überein.

d) Im Gegensatz zu den relativen Bewertungskonten sind die sogen. „stillen Reserven" als eigentliche Reservefonds zu erachten. Stille Reserven sind durch Minderbewertung der Aktiva von der Verteilung ausgeschlossene Beträge. Sie sind nicht Rücklagen aus dem festgestellten Reingewinn, der sich als Überschuß der Aktiva über die

[11]) Behrend S. 876.

Passiva ergibt; ihre Bildung mindert vielmehr die Aktiva und bewirkt bei unveränderter Subtraktion der Passiva, daß sich ein in Höhe der Minderbewertung geschmälerter Reingewinn ergibt. Solche Bildung ist nicht ungesetzlich und kann durch das Statut vorgesehen sein. Auch die Generalversammlung hat das Recht, sofern sie hierzu durch das Statut ermächtigt ist oder die Befugnis der freien Gewinnverteilung hat, derartige Reserven zu bilden. Sie sind als „Abschreibungen oder Rücklagen" im Sinne des § 271 Abs. 3 S. 2 aufzufassen und dementsprechend bei Gesetz- oder Statutenwidrigkeit anfechtbar. Angefochten wird in diesem Falle der Bilanzfeststellungsbeschluß, der gleichzeitig eine gesetz- oder statutenwidrige Reservefondsbildung enthält.[12]) Die Anfechtung versagt jedoch, wenn sich die Generalversammlung bei Feststellung der Bilanz in einem tatsächlichen Irrtum befunden hat; nur die gewollte Minderbewertung ist anfechtbar.[13])

Neukamp[14]) veranschaulicht das Wesen der „stillen Reserven" treffend durch Nebeneinanderstellung folgender Bilanzen:

Activa.		Passiva.	
Waren	100000	Einlagekapital	60000
Forderungen	50000	Schulden	120000
Effekten	50000	Reingewinn	20000
	200000		200000

Gesetzt es wäre nun statutarisch die Minderbewertung der Waren mit 10% vorgeschrieben, so würde sich im vorliegenden Fall die Bilanz folgendermaßen gestalten:

Activa.		Passiva.	
10% minderbewertete Waren	90000	Einlagekapital	60000
Forderungen	50000	Schulden	120000
Effekten	50000	Reingewinn	10000
	190000		190000

[12]) Ebenso Neukamp G.Z. Bd. 48 S. 493, abw. Simon S. 324.
[13]) Vgl. noch R.G. Bd. 40 S. 36.
[14]) a. a. O. S. 476.

Der Erfolg der Abschreibung ist also, daß der verteilbare Reingewinn um 10000 Mk. geschmälert wird, obwohl auf der Passivseite eine „Abschreibung oder Rücklage“ nicht gebucht ist. Derselbe Erfolg würde z. B. durch Überdotierung des Erneuerungsfonds herbeigeführt werden können; nur tritt eben die Bildung dieser in Höhe der Überdotierung als eigentlicher Reservefonds anzusehenden Rücklage in der Bilanz hervor, die der „stillen Reserven“ aber nicht. Ihrem Effekt nach aber, und dies ist das entscheidende, sind die „stillen Reserven“ den eigentlichen Reservefonds völlig gleich: auch sie sind von der Verteilung unter die Aktionäre ausgeschlossene Teile des zwar nicht bilanzmäßig in die Erscheinung tretenden, aber des doch de facto erzielten Reingewinns.[15])

II. Bilanzierung.

Jeder „Reservefonds“ ist ebenso wie das Grundkapital unter die Passiva der Bilanz zu stellen.[16]) Grundkapital und Reservefonds zusammen bilden das Gesellschaftsvermögen. Der Grund dafür, daß der Betrag des Gesellschaftsvermögens unter den Passiven figuriert, ist darin zu suchen, daß die Bilanz bestimmt ist, den jährlichen Reingewinn zu ermitteln. Sie ist eine Verteilungsbilanz, nicht eine Vermögensbilanz, wie z. B. die Bilanz des Einzelgeschäftsmannes.[17]) Grundkapital und Reservefonds sind im Interesse der Gläubiger von der Verteilung auszuschließende Wertbeträge, nicht etwa Schulden der Gesellschaft. Bevor sie nicht von den Aktiven abgezogen sind, kann sich nicht die Höhe des zur Verteilung geeigneten Reingewinns ergeben. Der Unterschied von den gleichfalls unter den Passiven zu buchenden relativen Bewertungskonten liegt darin, daß diese der Ermittelung des wahren Vermögensstandes, jene der des verteilbaren Reingewinns dienen.

---

[15]) Abw. Simon S. 229.

[16]) Vgl. Neukamp bei Holdheim Bd. 7, S. 199 gegen Simon S. 92. Vgl. ferner Staub, Anm. 14 zu § 261 S. 796, Dernburg a. a. O. S. 243; abw. auch Behrend S. 873; Warschauer a. a. O. S. 8.

[17]) H.G.B. § 261 Z. 5.

§ 3.

Bildung und Dotierung.

I. Bildung.

a) Durch Gesetz.

Das Gesetz könnte zwingend die Bildung von Reservefonds vorschreiben, indem es selbst die Vorschriften für die Bildung, für die Art der Bildung und für die Höhe der Reservefonds vorschreibt. Diese Methode hat jedoch bisher kein deutsches Gesetz verfolgt. Das H.G.B. ordnet im § 262 zwar die Bildung eines Reservefonds obligatorisch an, es bestimmt auch zwingend, daß Agiobeträge und „Zuzahlungen, die von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten geleistet werden," zu einem ganz bestimmten Teil in den Reservefonds eingestellt werden müssen, es umgrenzt jedoch die von dem Reingewinn in den Reservefonds abzuführenden Beträge nur in der Art, daß es einerseits ein Minimum festsetzt, unter welches die Reservefondsquoten nicht herabsinken dürfen, und andrerseits ein Minimum fordert, bis zu welchem die Dotierung aus dem jährlichen Reingewinn erfolgen muß. So beruht die Bildung des „gesetzlichen" Reservefonds zwar auf dem Gesetz, die Festsetzung seiner Höhe und die Art seiner Bildung ist jedoch in das freie Ermessen des Gesellschaftsvertrages gestellt.

Einen anderen Weg schlägt das Gesetz betr. die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in seinem § 7 Ziff. 4 und das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen in seinem § 37 ein. Beide Gesetze verpflichten das Statut die Bildung eines Reservefonds zu bestimmen, insbesondere die Art der Bildung und die Höhe dieses Reservefonds festzusetzen. Hier ist also dem Statut die Bildung von Reservefonds durch das Gesetz zwingend vorgeschrieben, die Bildung beruht demnach, wenn auch nur mittelbar, auf dem Gesetz.

Das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 schreibt in seinem § 56 bezüglich der Lebensversicherung für den Schluß jedes Geschäftsjahres die Berechnung und Buchung einer Prämienreserve vor. Dieselbe soll nach den von der Lebensversicherungsunternehmung in ihrem Geschäftsplan (als dessen Bestandteile nach dem § 4 desselben Gesetzes insbesondere

1. „Der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung, sofern die Unternehmung auf solchen beruht,

2. die allgemeinen Versicherungsbedingungen und die technischen Geschäftsunterlagen, soweit solche nach der Art der zu betreibenden Versicherungen erforderlich sind"

zu gelten haben), für die Berechnung der Prämien und Prämienreserven angenommenen Grundsätzen erfolgen (§ 11 des Gesetzes).

In Höhe dieser Prämienreserven ist ein Prämienreservefonds zu bilden. Der Prämienreservefonds stellt sich demnach als eine aus den eingezahlten Prämien von dem Versicherer gebildete Rücklage dar, welche nach § 61 Abs. 2 des Gesetzes bestimmt ist, im Falle der Eröffnung des Konkurses über die Lebensversicherungsunternehmung unter die vor den übrigen Gläubigern gemäß § 61 Abs. 3 des Gesetzes bevorrechtigten Versicherten als rechnungsmäßige Prämienreserve verteilt zu werden.

Für die unverzügliche Zuführung der der Berechnung gemäß § 56 des Gesetzes entsprechenden Beträge zum Prämienreservefonds hat der Vorstand des Unternehmens Sorge zu tragen.

Die Bildung des Prämienreservefonds beruht also unmittelbar auf dem Gesetz: die Festsetzung der Art der Bildung und damit seine Höhe ist dem Geschäftsplan überlassen. Dem Vorstande ist die Überwachung dieser Bildung zur Pflicht gemacht; ein Zuwiderhandeln desselben wird mit der Strafe des § 106 Z. 2 des Gesetzes geahndet.

b) Durch das Statut.

1. Durch das ursprüngliche Statut.

Das Statut kann stets die Bildung von Reservefonds zu allen möglichen erdenklichen Zwecken anordnen;[18]) insoweit hat der sich durch seinen Eintritt in den Verein dem Gesellschaftsvertrage unterwerfende Aktionär auf seinen Anspruch auf Verteilung des erzielten gesamten Reingewinns verzichtet. Ein solcher Verzicht ist nicht ungesetzlich und kann den Aktionären nicht verwehrt werden, da die Bildung von Reservefonds als das Unternehmen besser finanzierend dem Gesetz nicht unerwünscht sein kann (vgl. auch Grünhut in seiner Zeitschrift Bd. I S. 400).

Das Statut kann nun unmittelbar die Bildung und die Art der Bildung von Reservefonds anordnen; es kann sich jedoch auch damit begnügen, die Bildung vorzuschreiben, die Art der Bildung aber dem

[18]) Ausdrücklich ausgesprochen durch § 20 des Gesetzes betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Ermessen der Generalversammlung, des Vorstandes oder Aufsichtsrats zu überlassen. Deshalb ist auch die statutengemäße Bildung eines sogenannten Dispositionsfonds des Aufsichtsrats nicht unzulässig, auch nicht, weil ein derartiger Fonds dem Gesetz nicht bekannt sei.[19])

Das Statut kann auch Generalversammlung, Vorstand oder Aufsichtsrat allgemein ermächtigen, nach Belieben Reservefonds zu bilden und die Art der Bildung zu bestimmen: der so gebildete Reservefonds beruht immer noch, wenn auch nur mittelbar, auf dem Statut. In der Bestimmung des Statuts, daß der Generalversammlung das Recht auf die „freie" Gewinnverteilung zustehen solle, ist im Zweifel die Befugnis enthalten, daß es der Generalversammlung unbenommen sein solle, nach Belieben Reservefonds zu bilden und zu dotieren.[20]) Eine statutarische Klausel des Inhalts, daß die Feststellung der Dividende durch die Generalversammlung zu erfolgen habe, stellt sich lediglich als eine Wiederholung der Bestimmung des § 260 H.G.B. dar[21]) und enthält nicht etwa die Ermächtigung zu schrankenloser Bildung von Reservefonds.

2. Durch das abgeänderte Statut.

Enthält das Statut keine Bestimmungen über die Bildung von Reservefonds, so entsteht die Frage, ob ein Generalversammlungsbeschluß, der den statutarischen oder gesetzlichen Erfordernissen einer Statutenänderung genügt, eine Vorschrift schaffen kann, welche die Bildung von Reservefonds anordnet.[22])

Muß sich der einzelne Aktionär einen solchen Generalversammlungsbeschluß gefallen lassen oder hat er Mittel gegen ihn vorzugehen?

Daß das Gesetz ein unentziehbares Recht des Aktionärs auf Beibehaltung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages nicht anerkennt, beweist die grundsätzliche Zulassung der Abänderung der Statuten in den §§ 274ff. des H.G.B.[23])

---

[19]) Abw. Kammergericht bei Johow Bd. 8 S. 12.

[20]) Vgl. Neukamp S. 68, S. 69, Simon S. 238.

[21]) Vgl. Neukamp S. 66, Renaud S. 660 abw. Grünhut a. a. O. S. 382.

[22]) Dafür Simon S. 238, Neukamp S. 37ff., Behrend S. 878 Anm. 16, Ring S. 633, a. M. Keißner S. 249; Alexander, Sonderrechte der Aktionäre. Berlin 1892. S. 133.

[23]) Vgl. Lehmann, Einzelrecht und Mehrheitswille bei Kohler u. Ring S. 352ff.

Solches Recht besteht nur, wenn das Statut festsetzt, daß seine Bestimmungen unabänderlich sein sollen. Dies bedeutet, daß eine Abänderung nur mit Einstimmigkeit sämtlicher Aktionäre durchzuführen ist. Enthält das Statut dagegen (was in der Praxis meistens der Fall ist) die clausula generalis, daß die Statuten abänderlich seien, so kann dies dahin auszulegen sein, daß jedes durch den Gesellschaftsvertrag gewährte Recht durch Abänderung desselben den Aktionären entzogen werden kann, oder aber eine derartige Klausel bedeutet nur die selbstverständliche Wiederholung des auch durch das H.G.B., wie oben bemerkt, anerkannten Satzes, daß die Aktionäre kein unentziehbares Recht auf die Beibehaltung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages haben.[24])

Im Zweifel wird man sich für letzteres entscheiden müssen; denn meistens wird eine derartige Generalklausel in das Statut aufgenommen, ohne daß die, welche den Gesellschaftsvertrag schließen, derartig weittragende Folgen wie die, welche bei einer in ersterem Sinne erfolgenden Auslegung eintreten würden, vorausgesehen und gewollt haben.

Für die weitere Betrachtung ist also sowohl der Fall auszuscheiden, daß das Statut seine eigene Unabänderlichkeit festsetzt, als auch der, daß es seine Abänderlichkeit in dem Sinne proklamiert, daß jedes durch das Statut gewährte Recht durch Statutenänderung den Aktionären entzogen werden kann. Nur die Fälle können Zweifel erregen, in denen das Statut nichts bestimmt, oder in denen die Generalklausel auf Abänderlichkeit der Statuten in dem oben angedeuteten Sinne auszulegen ist.

Die etwa erfolgende Statutenänderung wird mit dem Augenblick wirksam, in welchem ihre Eintragung in das Handelsregister erfolgt. Die Statutenänderung hat an sich zwar keine rückwirkende Kraft, von dem Augenblick an aber, in welchem die Eintragung erfolgt, gilt auch für das laufende Geschäftsjahr das abgeänderte Statut. Daß sie aber, sofort nachdem sie beschlossen ist, eingetragen werden kann, ist nicht zweifelhaft. Die Untersuchung der Frage, ob eine Statutenänderung rückwirkende Kraft habe, oder ob sie nur pro futuro zulässig sei, ist demnach überflüssig.[25])

---

[24]) Vgl. dazu R.G. Bd. 7 Nr. 10 abw. Alexander, Sonderrechte S. 83.

[25]) Vgl. Neukamp S. 34, 35 abw. Primker in Endemanns Handbuch des Handels-, See- u. Wechselrechts Bd. 1 S. 627.

Bezüglich der an die Spitze der Erörterung gestellten Frage: Ist die auf Grund einer Statutenänderung erfolgende Bildung von Reservefonds zulässig, ist es gleichgültig, ob das Statut über die Verteilung des Reingewinns Bestimmungen trifft (was meistens der Fall ist) und die Generalversammlung mit diesbezüglichen Befugnissen ausstattet oder nicht.[26])

Enthält das Statut keine Bestimmungen, so erfolgt die Gewinnverteilung nach Maßgabe des gesetzlichen jus dispositivum.

Anwendbar sind die §§ 213, 215 des H.G.B.: Nach § 213 haben die Aktionäre nur „den Anspruch auf den Reingewinn, so weit dieser nicht nach dem Gesetze oder nach dem Gesellschaftsvertrage von der Verteilung ausgeschlossen ist", und § 215 statuiert im Interesse der Gläubiger wiederholend, daß nur dasjenige unter sie verteilt werden dürfe, was sich nach der jährlichen Bilanz als Reingewinn ergäbe.

Die Fassung des § 213 weist gegen den Art. 216 des alten H.G.B. einen Fortschritt auf: jener bestimmte, daß die Aktionäre nur einen Anspruch auf den reinen Gewinn haben, „soweit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist". — Durch die neue Fassung wird vor allem der Auslegung die Spitze abgebrochen, welche den Gesellschaftsvertrag einzig und allein als die Quelle des Dividendenrechts ansah.[27]) Aus der Neufassung geht mit absoluter Unzweideutigkeit hervor, daß das Gesetz lediglich eine Grenze zwischen verteilbarem und unverteilbarem Reingewinn ziehen will. Alles, was jenseits dieser Grenze liegt, muß aber verteilt werden. Ist der verteilbare Reingewinn hoch, so fällt eine entsprechend hohe Quote auf die Aktionäre, ist er gleich Null, weil nach Dotierung des gesetzlichen und des statutarischen Reservefonds nichts mehr zur Verteilung übrig bleibt, so erhalten die Aktionäre nichts.[28])[29])

---

[26]) Abw. Neukamp S. 37 ff.

[27]) Diese Auffassung vertritt übrigens auch Alexander a. a. O. S. 112, vgl. gegen ihn Lehmann a. a. O. S. 315.

[28]) Vgl. Staub Anm. 7 zum § 213 Bd. 1 S. 644.

[29]) Auf keinen Fall darf man jedoch aus dem Worte „so weit" schließen, daß ein „wenn auch noch so geringer Bruchteil im allgemeinen unter die Aktionäre verteilt werden muß", so Neukamp S. 49, vgl. auch R.G. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften § 20.

Damit ist aber ein gesetzliches Recht des Aktionärs auf die Dividende anerkannt.

Enthält dagegen das Statut Bestimmungen über die Verteilung des Reingewinns, setzt es insbesondere fest, daß der gesamte jährliche Reingewinn nach Abzug der Quote für den gesetzlichen Reservefonds, der Tantièmen und der sonstigen statutarischen Fonds unter die Aktionäre verteilt werden muß, oder setzt es die Höhe der Dividende in Prozenten des jährlichen Reingewinns fest, so ist das Dividendenrecht ein statutarisches Recht, das sich zwar seinem Umfange nach von dem gesetzlichen Dividendenrecht unterscheiden kann, das jedoch seinem Inhalte nach diesem ebenbürtig ist.[30])

Die Untersuchung der Frage, ob das Dividendenrecht des Aktionärs von solcher Beschaffenheit ist, daß eine dieses Recht beeinträchtigende Statutenänderung unzulässig erscheint, muß also sowohl bezüglich des statutarischen, wie auch des eventuell an seine Stelle tretenden gesetzlichen Dividendenrechts zu gleichen Resultaten führen. Die Frage ist also: Ist das Dividendenrecht ein dem einzelnen Aktionär durch Mehrheitsbeschluß unentziehbares Recht oder ist seine Beeinträchtigung durch die Bildung eines neuen oder Vermehrung eines bestehenden Fonds zulässig?[31])

Man hat vielfach in der Literatur und Praxis diejenigen Rechte, welche den Aktionären per majora unentziehbar sind, als „Sonderrechte“[31a]) bezeichnet; welches diese Rechte jedoch sind, darüber ist man sich nicht einig. Auf den ersten Blick könnte der Streit als ein rein terminologischer erscheinen, bei näherem Zusehen ergibt sich jedoch, daß die Entscheidung dieser Frage von höchster praktischer Bedeutung ist; denn verletzt ein Mehrheitsbeschluß ein „Sonderrecht“, so steht jedem Aktionär die Klage aus diesem Sonderrechte zu; gegen andere Mehrheitsbeschlüsse kann sich der Aktionär dagegen nur durch die Anfechtungsklage des § 271 des H.G.B. schützen.[32])

---

[30]) Vgl. Lehmann S. 379 a. a. O.

[31]) Dafür Staub Anm. 7 zu § 213 S. 644, Ring Anm. 5 zu Art. 217, Primker a. a. O. S. 627 R.O.H.G. Bd. 19 Nr. 87.

[31a]) Die Sonderrechte in diesem Sinne sind nicht identisch mit den Sonderrechten Gierkescher Terminologie — vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht Band I S. 536ff.

[32]) Vgl. darüber das Nähere unten § 3, II, 2.

Das H.G.B. erwähnt die „Sonderrechte“ nicht, aber es setzt nach allgemeiner Anschauung solche Rechte als existent voraus. Dies beweist vor allem § 276, denn er sagt ausdrücklich, daß bestimmte, nach dem § 212 auflegbare Verpflichtungen, sofern sie nicht in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage vorgesehen sind, nur mit Zustimmung sämtlicher von der Verpflichtung betroffener Aktionäre begründet werden dürfen.

Das Recht auf die Leistung lediglich eines Kapitalanteils kann den Aktionären durch Mehrheitsbeschluß also nicht entzogen werden — ist ein „Sonderrecht“. Zu den „Sonderrechten“ in diesem Sinne rechnet man ferner gewöhnlich die auf Grund des § 186 dem einzelnen Aktionär im Gesellschaftsvertrage zugesicherten besonderen Vorteile, das Stimmrecht des § 252, die Minderheitsrechte des § 272, das Recht auf Einsicht und Abschrift der Gewinn- und Verlustrechnung des § 263 u. s. w. — Streit herrscht über die Zugehörigkeit des Dividendenrechts des § 213 zu den „Sonderrechten“.

Das B.G.B. bestimmt in seinem § 35 ausdrücklich, daß Sonderrechte der Mitglieder durch Mehrheitsbeschluß nicht beeinträchtigt werden dürfen. Durch die Aufnahme dieser Vorschrift findet die Annahme, daß auch für das Handelsrecht der Satz von der „Unentziehbarkeit“ der Sonderrechte gelte, eine indirekte Bestätigung; die Lösung der Streitfrage, welches die materiellen Voraussetzungen dieser „Sonderrechte“ seien, gibt übrigens auch diese Vorschrift nicht, die „Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches“ [33]) bemerken nur lakonisch: „Im übrigen wird die Lösung der Frage, wie weit die Einzelrechte reichen, der Wissenschaft und Praxis überlassen werden müssen.“

Ehe wir jedoch den Begriff des „Sonderrechts“ umgrenzen, wollen wir feststellen, daß wir unter den den Aktionären unentziehbaren Rechten nur solche Rechte verstehen, welche den Mitgliedern als solchen nach Statut oder Gesetz zustehen. Man nennt diese Rechte auch „Individualrechte“, und man hätte gut getan, sie nicht als „Sonderrechte“ zu bezeichnen, denn es handelt sich bei diesen Rechten um nichts weniger als um „besondere“, d. h. einzelnen Mitgliedern zukommende Berechtigungen. Als „Individualrechte“ erachten wir nur ganz bestimmte, unentziehbare allgemeine Mitgliedrechte. Unter dieselben

---

[33]) Guttentag Berlin 1888 S. 109.

fallen also einerseits nicht die gemäß dem Statut einzelnen Aktionären bedungenen Vorteile des § 186 des H.G.B. und andererseits nicht die den Aktionären als Gläubigern der Gesellschaft zustehenden Rechte.

Wenn man, wie Staub,[34]) ohne eine Unterscheidung zwischen allgemeinen Mitgliedrechten und den Vorrechten einzelner zu machen, das Wesen dieser „sogenannten Sonderrechte“ lediglich in ihrer Unentziehbarkeit erblickt, so ist ein Grund nicht einzusehen, warum man nicht auch die Gläubigerrechte als „Sonderrechte“ bezeichnen wollte; denn auch sie sind sicherlich ihren Trägern durch Mehrheitsbeschluß „unentziehbar“. Es ist daher nicht recht verständlich, daß Staub[35]) diese Bezeichnung auf das Recht auf die festgestellte Dividende, weil es kein Gesellschaftsrecht sei, nicht angewendet wissen will.

Aber selbst wenn man im Sinne Staubs unter „Sonderrechten“ die von uns als Individualrechte bezeichneten und die besonderen Vorrechte einzelner versteht und das ihnen gemeinsame in ihrer „Unentziehbarkeit“ erblickt, so enthält doch die Definition Staubs: Sonderrechte sind diejenigen Rechte der Aktionäre, „welche unentziehbar sind“, keine Lösung der Frage nach den materiellen Voraussetzungen dieser „Sonderrechte“, sondern bedeutet eine unzulässige petitio principii.[36]) Staub sagt mit dieser Definition nichts mehr und nichts weniger: „Ist das Recht unentziehbar, so ist es ein Sonderrecht;“ d. h. mit anderen Worten „ein Recht, welches unentziehbar ist“. Nicht aber weil gewisse Rechte unentziehbar sind, sind sie Sonderrechte, sondern weil sie Sonderrechte sind, sind sie unentziehbar.

Unter „Sonderrechten“ im Gegensatz zu Individualrechten verstehen wir, wie oben bereits angedeutet, mit Hölder[37]) vielmehr Rechte eines Mitgliedes, welche weder durch die Mitgliedschaft als solche gegeben, noch von der Mitgliedschaft unabhängig sind. Sonderrechte in diesem engeren Sinne sind Vorrechte, welche gemäß der Verfassung der Körperschaft einzelnen bestimmten Aktionären im individuellen Interesse zustehen.[38])

---

[34]) Anm. 8 zu § 250 Bd. 1 S. 756.

[35]) Anm. 10 zu § 213 Bd. 1 S. 645, anders R.G. Bd. 37 S. 63.

[36]) Ebenso Pinner zu § 250.

[37]) Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch S. 152 zu § 35. München 1900.

[38]) Ebenso Dernburg a. a. O. S. 183; Cosack S. 644 abw. Eck: „Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches“, Berlin 1898, S. 62;

Das Dividendenrecht der Aktionäre, mag es nun auf Gesetz oder auf Statut beruhen, ist ein allgemeines Mitgliedsrecht, kein Sonderrecht in diesem engeren Sinne; jede Argumentation, welche die Frage so stellt: Ist das Dividendenrecht ein Sonderrecht? — und dann weiter deduziert: also ist es unentziehbar, ist nur dann zutreffend, wenn untersucht ist, ob das Dividendenrecht in seiner Eigenart ein dem Aktionär unentziehbares Recht ist.

Das Gesetz hat unsere Frage weder grundsätzlich entschieden, noch läßt sich aus ihm etwa eine allgemeine Tendenz entnehmen; es muß also eine Lösung gefunden werden, welche der Natur der Sache entspricht.

Laband[39]) leugnet die Selbständigkeit allgemeiner Mitgliedsrechte, er erklärt dieselben als Reflexwirkungen der Körperschaftsverfassung; er erkennt konsequenterweise nur besondere, einzelnen Mitgliedern eingeräumte Vorrechte als unentziehbar an. Hiernach könnte also das Dividendenrecht stets durch statutenändernden Generalversammlungsbeschluß beeinträchtigt und sogar aufgehoben werden.

Andererseits geht Renaud[40]) davon aus, daß das Statut nicht auf einer Willenseinigung, d. h. einem Vertrage der Aktionäre beruhe, sondern vielmehr innerhalb der Grenzen privater Autonomie objektives Recht schaffe. Diese Anschauung führt konsequenterweise dazu, jedes durch das Statut gewährte Recht zu einem den Aktionären unentziehbarem Recht zu machen.[41]) Demgemäß müßte das durch das Statut oder in Ermanglung eines solchen durch das Gesetz gewährleistete Dividendenrecht als ein durch Statutenänderung unentziehbares Recht der Aktionäre anzusehen sein.[42])

Beide Anschauungen würden zu Resultaten führen, die dem Zweck und dem Wesen des Aktienvereins in keiner Weise gerecht würden. Es darf einerseits dem Aktienverein nicht verwehrt werden, sich durch

---

Gareis: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch zu § 5 S. 52, Berlin 1900 — abw. auch F. Hallier: Sonderrechte der Aktionäre. Göttinger Inaugural-Dissertation — Hamburg 1892. S. 16ff.

[39]) In Hirths Annalen 1874 S. 1499, ebenso Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl., S. 492, 495 — ähnlich Ring S. 448, 392, 393.

[40]) S. 297ff., 315.

[41]) Vgl. dagegen oben 109.

[42]) Vgl. auch R.O.H.G. Bd. 11 Nr. 43, Aronius in G.Z. Bd. 40 S. 124.

Statutenänderung weiter zu entwickeln;[43]) ja es muß sogar ihm unter Umständen freistehen, allgemeine Mitgliedrechte zu beeinträchtigen, oder wenigstens für eine gewisse Dauer aufzuheben, wofern dies eine Bedingung zu gedeihlicher Weiterentwicklung und zum Schutze seiner Lebensinteressen erforderlich ist. Wir beobachten einen ähnlichen Interessenkampf auf dem Gebiete der Erwerbsgesellschaften, wie er in jeder organisierten Gemeinschaft[44]) sein Analogon in dem Gegensatze der Individual- und Gemeinschaftsinteressen findet.[45])

Aber der Kampf dieser beiden großen Prinzipien ist hier ein besonders heißer: Soll die Einzelpersönlichkeit mit ihren Rechten sich dem Willen der Gesamtheit beugen oder soll, wo es sich um das Wohl und Wehe des Ganzen handelt, der Egoismus des Einzelnen triumphieren? Sicherlich ist der Grundsatz, daß bei einem solchen Konflikte die Rechte der Einzelpersönlichkeit zu Gunsten der Gesamtheit beschränkt, daß also immer die sozialen Interessen siegen müßten, in seiner Allgemeinheit zutreffend, aber es darf doch nicht vergessen werden, daß ein großer Unterschied zwischen den wirtschaftlichen und den meisten übrigen sozialen Verbänden besteht: in sehr viele soziale Verbände, insbesondere in den Staat und die Kommunalverbände, wird der Mensch — wenigstens regelmäßig — hineingeboren, in die wirtschaftlichen tritt er jedoch nach freier Wahl, und sein Eintritt erfolgt aus lediglich egoistischen Motiven zu lediglich egoistischen Zwecken!

Die Gesamtheit ist dem einzelnen nur das Mittel, dessen er sich zu dem Zwecke bedient, einen möglichst hohen Gewinn einzustreichen. Um so unbegreiflicher ist es, daß Lehmann, der dies richtig erkannt hat, gerade bei der Entscheidung der an den Anfang unserer Erörterung gestellten Frage auf den ganz allgemeinen Satz, daß im Zweifel immer die individuellen Interessen den sozialen weichen müßten, verweist und dementsprechend seine Entscheidung trifft. Lehmann geht bei seiner Deduktion davon aus, daß als „Sonderrechte" — Rechte, die infolgedessen den Aktionären per majora unentziehbar sind —, diejenigen gesetzlichen oder statutarischen anzusehen seien, die von „fundamentaler

---

[43]) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 185.

[44]) Vgl. z. B. auch R.V. Art. 78 Abs. 2 und dazu Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 105, 209 Note 3; Hänel, Deutsches Staatsrecht Bd. 1 S. 808, 344 Note 2. G. Meyer, Lehrbuch, 4. Aufl., S. 516 Note 25.

[45]) Vgl Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 1 S. 2.

Wichtigkeit für den Beitretenden“ sind, „die objektiv wesentlich sind vom Standpunkt des Durchschnittsaktionärs.“[46]) Konsequenterweise müßte er also dazu kommen, die Entziehbarkeit des Dividendenrechts auszuschließen; denn nun und nimmermehr wird er leugnen können, daß das Dividendenrecht von fundamentaler Wichtigkeit für den Beitretenden gewesen ist: Ja, sogar daß die Aussicht auf die Dividende der einzige Zweck seines Beitrittes gewesen ist! Er müßte dann weiter schließen, daß das Dividendenrecht unentziehbar sei.

Statt jedoch die Frage in diesem Sinne zu entscheiden, antwortet er nicht mit einem glatten Ja oder Nein, sondern schlägt eine goldene Mittelstraße ein. Er meint, daß das Dividendenrecht im Zweifel nicht bloße Reflexwirkung der Körperschaftsverfassung, und daß es umgekehrt nicht in seiner Totalität „Sonderrecht“, d. h. unentziehbares Recht, sei. Er gelangt zu dem Resultat, daß durch Statutenänderung das Dividendenrecht nicht gänzlich beseitigt werden dürfe, läßt eine Verkürzung desselben aber im Wege der Statutenänderung zu, wenn dieselbe zu einem sozialen Zwecke, etwa zur Schaffung eines Reservefonds, erfolgt. — Hiergegen ist vor allem einzuwenden, daß das Dividendenrecht im Sinne Lehmanns nicht darauf hin zu untersuchen ist, ob es Reflexwirkung der Körperschaftsverfassung, oder „Sonderrecht“, d. h. mit anderen Worten ob es entziehbar oder unentziehbar sei, sondern vielmehr daraufhin, ob das Dividendenrecht als wesentlich für den Beitritt des Aktionärs zur Aktiengesellschaft anzusehen sei oder nicht. Bejaht man diese Frage, so ist das Dividendenrecht als „Sonderrecht“ anzusehen, und dann ist es gleichgültig, ob dieses „Sonderrecht“ durch den Mehrheitsbeschluß völlig beseitigt oder nur verkürzt wird, denn jede Beeinträchtigung ist im Sinne Lehmanns für unzulässig zu erachten.[47]) Lehmann verfällt also bei seiner Formulierung der Frage in den von ihm selbst gerügten Fehler; er unterscheidet nach der Folge, wo er doch die Voraussetzungen prüfen sollte.

Wenn auch die Art, in der Lehmann die Lösung des Problems gesucht hat, bekämpft werden mußte, so ist doch das Resultat bezüglich des Dividendenrechts als fast richtig zu bezeichnen. Man wird einerseits mit Neukamp[48]) sagen dürfen: „Jedermann, der einer Aktien-

[46]) Ähnlich Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Anm. zu § 35.

[47]) Abw. auch Alexander S. 82.

[48]) Holdheim 1898 S. 200.

gesellschaft beitritt, weiß von vornherein, daß er einen entsprechenden Anspruch auf einen Teil des Jahresreingewinnes hat, sofern das Statut nichts abweichendes bestimmt. In dieser Erwartung würde er aber auf das gröblichste getäuscht werden, wenn es der Mehrheit der Aktionäre, wie Ring meint — S. 392 Note 5 —, gestattet sein sollte, ihm dieses gesetzlich verbriefte Recht jederzeit, gegen seinen Willen (durch einen Statutenänderungsbeschluß), zu entziehen. Andererseits muß es jedoch dem Verein unbenommen sein, wenn das Interesse des Unternehmens dies als wünschenswert und richtig erscheinen läßt, durch Statutenänderung die Austeilung der Dividenden zu suspendieren.[49])

Freilich ist grundsätzlich das Recht auf die Verteilung des verteilbaren Reingewinns unentziehbar, und eine gänzliche Beseitigung für ewige Zeiten würde dem Wesen des Aktienvereins widersprechen; jedoch muß im einzelnen Fall geprüft werden, ob nicht im Interesse des Unternehmens die Austeilung des Gewinns wenigstens im laufenden Geschäftsjahr unterbleiben darf. Da es sich aber bei der Bildung von Reservefonds um nichts anderes, als um die Ausschließung eines Teils des verteilbaren Reingewinns von der Austeilung unter die Aktionäre handelt, so ist auch in diesem Falle stets im einzelnen zu prüfen, ob die Bildung derartiger Fonds im Lebensinteresse der Vereine liegt. Man kann also einerseits nicht sagen, daß die durch Statutenänderung erfolgende Bildung von Reservefonds das unentziehbare Recht des Aktionärs auf die Dividende schmälere; andererseits ist aber auch der Satz zurückzuweisen, daß jede Reservefonds-Bildung im Interesse der Weiterentwicklung des Vereines liege. Der Richter hat also stets im einzelnen Fall nach den oben dargelegten Grundsätzen zu prüfen, ob die Bildung des Reservefonds durch statutenändernden Generalversammlungsbeschluß im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist oder nicht.

Es entsteht nunmehr die Frage, welche Mittel dem Aktionär gegen einen Generalversammlungsbeschluß, der unter Statutenänderung unzulässigerweise die Bildung von Reservefonds anordnet, zu Gebote stehen. Die Frage ist danach verschieden beantwortet, je nachdem das Dividendenrecht als ein „Sonderrecht" im engeren Sinne erachtet worden ist oder nicht. Ist es als ein solches anzusehen, so wird es

[49]) Abw. auch Alexander a. a. O. S. 82 — Grünhut in seiner Zeitschrift Bd. 1 S. 399.

durch den die Bildung des Reservefonds unzulässigerweise anordnenden Generalversammlungsbeschluß beeinträchtigt; jede Beeinträchtigung aber ist unzulässig, d. h. jeder Aktionär hätte ein Recht auf Grund des § 35, — wofern man überhaupt die Vorschriften des bürgerlichen Rechts für anwendbar hält,[50]) — selbständig gegen die Gesellschaft zu klagen.[51]) Eine solche Klage, die aus den Rechten der Persönlichkeit entspringt und als absoluter Natur zu bezeichnen ist, könnte nicht bloß gegen den Verein, sondern auch gegen jeden Dritten angestrengt werden.[52]) Ihre Erhebung wäre an keine Präklusivfrist geknüpft, jedem einzelnen Aktionär stände sie zu, ohne daß etwa ein Widerspruch gegen den Generalversammlungsbeschluß zu Protokoll erklärt zu werden brauchte.

Gerade bei der Entscheidung dieser Frage aber macht sich das Schwanken der Terminologie in verhängnisvoller Weise fühlbar. Dadurch, daß man die im § 35 als „Sonderrechte" bezeichneten Rechte von den allgemeinen Mitgliedsrechten, mit denen sie unter Umständen, ebenso, wie mit den Gläubigerrechten, die Eigenschaft der Unentziehbarkeit teilen, nicht scharf trennte, kam man vielfach dazu, auch die allgemeinen Mitgliedsrechte als „Sonderrechte" im Sinne des § 35 anzusehen und ihnen zu ihrer Geltendmachung eine solche Klage zu gewähren, „die nicht an diejenigen Erfordernisse geknüpft ist, die das Gesetz für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen aufstellt."[53])

Im Gegensatz hierzu ist mit Dernburg[54]) anzunehmen, daß das Gesetz die allgemeinen Mitgliedsrechte, zu denen das Dividendenrecht ohne Rücksicht darauf, ob es entziehbar oder unentziehbar ist, gehört, durch die Anfechtungsklage des § 271 des H.G.B. ausschließlich schützen wollte. Der auf Grund des § 271 klagende Aktionär hat also nur die Gesetz- oder Statutenwidrigkeit des Generalversammlungsbeschlusses, nicht die Verletzung eines ihm zustehenden Rechtes, zu beweisen. Seine

---

[50]) Dafür z. B. Staub Bd. I S. 5 Anm. 14 — dagegen Dernburg a. a. O. S. 233 und die dort Angeführten. Vgl. neuerdings auch Kohler in Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Kohler. Leipzig und Berlin, 1903. 13. Lieferung S. 576.

[51]) Vgl. R.G. Bd. 36 S. 136.

[52]) Vgl. Dernburg S. 184.

[53]) R.G. Bd. 36 S. 136.

[54]) A. a. O. 258.

Klage ist jedoch andererseits an eine Ausschlußfrist von einem Monat gebunden; er muß, soll der Klage stattgegeben werden, in der Generalversammlung Widerspruch zu Protokoll erklären, es sei denn, daß er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist, oder daß er seine Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung nicht erfolgt sei. Für den Fall, daß die Generalversammlung unter Statutenänderung die Bildung neuer Reservefonds oder die höhere Dotierung bereits bestehender Fonds anordnet, hat das Gesetz eine besondere Regelung getroffen. Das Gesetz geht dabei von dem Gedanken aus, daß die Bildung derartiger Reservefonds der Gesellschaft niemals schädlich sein könne, und will daher die Anfechtung selbst an sich unzulässiger, d. h. das Recht auf die Dividende beeinträchtigender Generalversammlungsbeschlüsse möglichst erschweren. Es knüpft daher die Anfechtung an den Besitz des zwanzigsten Teils des Grundkapitals; es erklärt im § 271 Abs. 3 S. 2: „eine Anfechtung, die darauf gegründet wird, daß Abschreibungen oder Rücklagen, über das nach dem Gesetz oder nach dem Gesellschaftsvertrage statthafte Maß hinaus angeordnet seien, ist nur zulässig, wenn die Anteile des Aktionärs oder der Aktionäre, welche die Anfechtungsklage erheben, den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen."

Insoweit also wohnt den Mehrheitsbeschlüssen der Generalversammlung, wie Keyßner[55]) mit Recht bemerkt, den einzelnen Aktionären gegenüber eine gesteigerte Kraft inne. Ein Argument jedoch dafür, daß das Gesetz grundsätzlich durch statutenändernden Generalversammlungsbeschluß die Bildung von Reservefonds zulasse, enthält diese Bestimmung nicht; zwar spricht aus ihr die Tendenz, derartige Bildungen zu begünstigen, aber gerade dadurch, daß sie eine wenn auch erschwerte Anfechtungsklage gewährt, wird bewiesen, daß das Gesetz grundsätzlich Fälle anerkennt, in denen derartige Bildungen von Reservefonds als unzulässig angefochten werden dürfen.

c) Durch Generalversammlungsbeschluß.

Kann nun bei Mangel statutarischer Anordnung durch einfachen Generalversammlungsbeschluß die Bildung von Reservefonds angeordnet

---

[55]) Goldschm. Ztschr. Bd. 48 S. 519.

werden oder nicht? Jeder eigentliche Reservefonds ist, wie bereits oben hervorgehoben, ein von der Verteilung unter die Aktionäre ausgeschlossener Teil des Reingewinns. In Ermanglung statutarischer Bestimmungen greift der Grundsatz des § 213 des H.G.B. Platz, wonach jeder Reingewinn als Dividende unter die Aktionäre zu verteilen ist, soweit nicht dieser nach dem Gesetze oder dem Gesellschaftsvertrage von der Verteilung ausgeschlossen ist. Ist also im Gesellschaftsvertrage nicht die Bildung des Reservefonds dem Ermessen der Generalversammlung überlassen, so vermag auch kein Generalversammlungsbeschluß, mögen auch die Motive ethisch oder sozial sein,[57]) selbstständig die Bildung eines solchen anzuordnen. Ein solcher Beschluß ist nach § 271 Abs. 3 S. 2 anfechtbar, wird er jedoch nicht angefochten, so wird er rechtsgültig. Ebenso kann er aber auch durch einen einfachen Generalversammlungsbeschluß außer Kraft gesetzt werden. Dieser Grundsatz erleidet keine Ausnahme, auch nicht hinsichtlich des sogen. Gewinnvortrages auf neue Rechnung. Gewinnvortrag ist die Buchung des sich durch die gewöhnlich in Prozenten erfolgende Verteilung der Dividende ergebenden Restbetrages des Reingewinns. Der auf die einzelnen Aktionäre fallende Bruchteil ist zu gering, um sich zur Verteilung zu eignen; deswegen stellt man den Restbetrag als Gewinnvortrag in die nächste Bilanz. Dieser Restbetrag ist also nicht verteilter Reingewinn, stellt sich also als eigentlicher Reservefonds dar.[58])

Jede, wenn auch aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgende, über das bezeichnete Maß hinausgehende[59]) Dotierung des Gewinnvortrages ist als den Anspruch der Aktionäre auf die Verteilung des nicht etwa durch Gesetz oder Statut von der Verteilung ausgeschlossenen Reingewinns schmälernd anfechtbar. Zwar würde auch die Bildung des Gewinnvortrages selbst in den oben fixierten Grenzen, wenn sie nicht im Statut vorgesehen, sondern vielmehr durch einen Generalversammlungsbeschluß angeordnet ist, als eine an sich anfechtbare Bildung eines Reservefonds angesehen werden müssen: jedoch hat die Praxis ein feststehendes Gewohnheitsrecht geschaffen, welches, von dem gesunden Gedanken ausgehend, daß es nicht jedem Aktionär freistehen dürfe,

---

[57]) Vgl. R.G. Bd. 40 S. 33.

[58]) Ebenso Staub S. 811 Anm. 27 zu § 262; abw. Pinner zu § 262.

[59]) Abw. Erkenntnis des R.G. vom 26. Januar 1898, mitg. bei Holdheim 1898 S. 143.

durch seine Eigenwilligkeit der Gesellschaft Ungelegenheiten zu bereiten, den Rechtssatz geschaffen hat, daß die Bildung eines derartigen Gewinnvortrages zulässig und daher unanfechtbar sei.[60])

d) Durch Vorstand oder Aufsichtsrat.

Was die Organe der Gesellschaft, Vorstand und Aufsichtsrat betrifft, so muß daran festgehalten werden, daß die Befugnis einen Reservefonds zu bilden, ihnen immer nur dann zusteht, wenn sie durch Statut oder einen auf Grund des Statuts zur Übertragung dieser Befugnis berechtigten Generalversammlungsbeschluß hierzu ermächtigt sind. Nach § 260 Abs. 1 des H.G.B. hat die Generalversammlung ausschließlich das Recht auf Gewinnverteilung. Dieses Recht kann sie nicht an andere Gesellschaftsorgane delegieren. Bei der durch Statut oder einen auf der Grundlage des Statuts beruhenden Generalversammlungsbeschluß vorgeschriebenen Bildung eines Reservefonds durch Vorstand oder Aufsichtsrat handelt es sich nicht um eine Delegation.[61])

Vielmehr ermächtigt das Statut Vorstand oder Aufsichtsrat zur Bildung eines derartigen Reservefonds. Die Ausschließung eines Teils des Reingewinns von der Verteilung beruht also auf dem Statut; die Generalversammlung hat zwar ein Recht auf die Gewinnverteilung, aber doch nur auf die Verteilung des Gewinnes, der nicht durch Gesetz oder Statut von der Verteilung ausgeschlossen ist. Dieser unter Umständen selbst unbestimmte Teil des Reingewinns ist der Beschlußfassung der Generalversammlung entzogen; es kann daher, wenn das Statut oder ein kraft Statuts ermächtigter Generalversammlungsbeschluß dies bestimmt, durch Vorstand und Aufsichtsrat nach freiem Ermessen ein Reservefonds gebildet werden. Die Bildung eines auf Grund dieser Befugnis gebildeten Reservefonds verstößt nicht gegen das Recht der Generalversammlung auf Gewinnverteilung, da ihrer Beschlußfassung nur der wirklich verteilbare Reingewinn unterworfen ist.[62])

Eine auf selbständigem Handeln von Vorstand und Aufsichtsrat oder auf einem unzulässigen Generalversammlungsbeschluß beruhende Bildung eines Reservefonds ist als den Anspruch der Aktionäre auf die Verteilung des verteilbaren Reingewinns schmälernd anfechtbar.

[60]) Vgl. ebenso Simon S. 249, Staub S. 811 Anm. 27 zu § 262.
[61]) Abw. Staub Anm. 29 zu § 262 S. 811.
[62]) Ebenso Simon S. 239, 240, Pinner zu § 262.

Als Resultat des Vorstehenden ergibt sich also:

I. Das Statut kann die Bildung von Reservefonds anordnen

a) unmittelbar,

b) mittelbar und zwar durch die Übertragung dieser Befugnis

1. an die Generalversammlung,

2. an den Vorstand oder Aufsichtsrat.

II. Die Generalversammlung kann nur auf Grund statutarischer Ermächtigung die Bildung von Reservefonds anordnen:

a) unmittelbar,

b) mittelbar durch Übertragung dieser Befugnis an den Vorstand oder Aufsichtsrat.

III. Vorstand und Aufsichtsrat können nur auf Grund unmittelbarer statutarischer Ermächtigung oder eines mittelbar auf Grundlage einer durch Statut der Generalversammlung überwiesenen Befugnis gefaßten Generalversammlungsbeschlusses einen Reservefonds bilden.

II. Dotierung.

Nach § 262 des H.G.B. kann sich der gesetzliche Reservefonds aus drei verschiedenartigen Bestandteilen zusammensetzen. Zunächst ist in denselben einzustellen:

1. Von dem jährlichen Reingewinn mindestens der zwanzigste Teil, solange als der Reservefonds den zehnten oder den im Gesellschaftsvertrage bestimmten höheren Teil des Grundkapitals nicht überschreitet,

ferner

2. der Betrag, welcher bei der Errichtung der Gesellschaft oder bei einer Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe der Aktien für einen höheren als den Nennbetrag über diesen und über den Betrag, der durch die Ausgabe der Aktien entstehenden Kosten hinaus erzielt wird,

und schließlich

3. der Betrag von Zuzahlungen, die ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden, soweit nicht eine

Verwendung dieser Zahlungen zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird.

a) Dotierung aus dem jährlichen Reingewinn.

Unter „Reingewinn" versteht das Gesetz sowohl im § 262 Ziff. 1 wie in den §§ 213, 215 den „sich aus der Vergleichung sämtlicher Aktiva und sämtlicher Passiva" auf der Aktivseite ergebenden Überschuß. Gemäß der Natur der Bilanz der Aktiengesellschaft als einer Verteilungsbilanz sind als Passiva anzusehen: das Grundkapital, die Reservefonds (gesetzliche und statutarische), die Schulden, die relativen Bewertungskonten, die Verwaltungskosten mit Ausschluß der Tantièmen; als Aktiva dagegen Forderungen, Grundstücke, Anlagen und sonstige Vermögensgegenstände, bares Geld und Wertpapiere.

Die Verteilung des Reingewinns bestimmen die §§ 262 Z. 1, 213, 215, 237, 245 des H.G.B. Zu scheiden ist demnach der reservefondspflichtige, der tantièmepflichtige und der als Dividende verteilbare Reingewinn. In Betracht zu ziehen ist jedoch immer nur der Überschuß, wie er sich aus der Bilanz ergibt, nicht etwa der re vera vorhandene, aber durch die Bildung stiller Reserven nicht in die Erscheinung tretende Reingewinn.

Wenn das Gesetz im § 262 vom „jährlichen Reingewinne" spricht, so meint es den „Jahresgewinn" der §§ 237, 245,[63]) d. h. den im laufenden Geschäftsjahr erzielten Reingewinn, wie er sich aus der Vergleichung sämtlicher, für das betreffende Geschäftsjahr in die Bilanz zu stellenden Aktiv- und Passivposten ergibt.

Nicht zu berücksichtigen ist demnach bei der Berechnung des reservefondspflichtigen Reingewinns, ebensowenig wie bei der des tantièmepflichtigen, der Gewinnvortrag auf neue Rechnung des Vorjahres; denn rechnet man ihn hinzu, so hat man nicht mehr den im Laufe des betreffenden Geschäftsjahres erzielten Reingewinn.[64]) Hiergegen hat Staub eingewendet, daß, wenn man unter dem jährlichen Reingewinn des § 262 Z. 1 nur die Gewinnergebnisse des betreffenden Jahres verstehen und den Gewinnvortrag des Vorjahres deshalb un-

[63]) So auch die Denkschrift z. Entw., Berlin, 1897, S. 84 (Guttentagsche Ausgabe).

[64]) So Simon S. 271; dagegen Staub Anm. 8 Z. 1 zu § 262 S. 806.

berücksichtigt lassen wollte, weil er nicht dazu gehört, man auch konsequenterweise den Verlustvortrag des Vorjahres unberücksichtigt lassen müsse. Man käme auf diese Weise zu einer Reservefondsdotierungspflicht auch in solchen Jahren, in denen die Bilanz keinen Gewinn ergibt. Dieser Einwand Staubs ist unwiderleglich. Simon sucht ihn zwar zu entkräften mit dem Hinweise darauf, daß erstens ein Gewinn der Gesellschaft vorhanden sein, und daß dieser zweitens aus der Jahresrechnung herrühren müßte. Aber dies beweist gar nichts; denn der Verlustvortrag des Vorjahres vermindert den im Laufe des Geschäftsjahres erzielten Reingewinn; nicht darauf aber kommt es an, ob sich unter Zurechnung des Verlustvortrages ein Gewinn ergibt, sondern lediglich darauf, daß dieser Gewinn im Laufe des Geschäftsjahres erzielt ist. Man darf also den Verlustvortrag des Vorjahres bei der Dotierung nicht in Ansatz bringen, ebensowenig wie dies für den Gewinnvortrag zulässig ist. Dieses Ergebnis mag vielleicht wenig praktisch erscheinen; hat man aber zugegeben, daß das Gesetz unter dem jährlichen Reingewinn des § 262 Z. 1 den im Laufe eines Geschäftsjahres erzielten Gewinn verstanden wissen will, so muß man notwendigerweise diese Konsequenz ziehen. Andererseits aber ist es auch nicht zulässig, dieser Konsequenz wegen zu einer gewaltsamen Gesetzesauslegung seine Zuflucht zu nehmen und den Jahresgewinn dem sich nach der jährlichen Bilanz ergebenden Reingewinn gleich zu setzen. Im letzteren Falle ist der Überschuß der Aktiva über die Passiva gemeint, wie er sich nach der alljährlich aufzustellenden Bilanz ergibt, gleichgültig, ob er in dem betreffenden Geschäftsjahre erzielt ist oder nicht.[65]) Von dem „jährlichen" Reingewinn ist also zunächst die Quote des gesetzlichen Reservefonds mit 5 % zu berechnen, sodann die event. als Quoten des Reingewinns zu dotierenden statutarischen Reservefonds. Beträgt also z. B. der „jährliche" Reingewinn 40 000 Mk., so sind hiervon zunächst 5 %, also 2 000 Mk., zum gesetzlichen Reservefonds abzuführen; ferner sind, wenn das Statut eine Quote von 3 % für einen Dividendenergänzungsfonds vorgesehen hat, 1 200 Mk. für diesen, und wenn es 10 % für Spezial-Reserven anordnete, 4 000 Mk. für diese in Rechnung zu setzen.

Ist den Mitgliedern des Vorstandes ein Anteil an dem Jahresgewinne gewährt, so ist dieser nicht von dem aus der Vergleichung

[65]) Vgl. auch Pemsel bei Holdheim Bd. 7 S. 242 Anm. 16.

sämtlicher Aktiva und Passiva sich ergebenden Reingewinne zu berechnen, sondern aus dem Reingewinne, wie er sich nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen ergibt (§ 237 d. H.G.B.). Daher ist die Höhe des Reservefonds davon abhängig, in welcher Reihenfolge die einzelnen, zur Feststellung des verteilbaren Reingewinns in Rechnung zu setzenden Posten von dem Jahresgewinne abzuziehen sind. Zur Veranschaulichung diene folgendes Beispiel: „Eine Gesellschaft hat einen Jahresgewinn von 40 000 Mk., 5 % hiervon fließen in den gesetzlichen Reservefonds; der Vorstand soll 4 % Tantième erhalten. Berechnet man nun zunächst von den 40 000 Mk. die 4 % Tantième, so erhielte der Vorstand 1 600 Mk. und auf den Reservefonds fielen 1 920 Mk., während sich als verteilbarer Reingewinn 36 480 Mk. ergäbe. Zöge man jedoch von den 40 000 Mk. zunächst die dem Reservefonds zuzuführenden 5 % ab, so würden 2 000 Mk. in den Reservefonds fließen, während der Vorstand 1 520 Mk. erhielte. Der verteilbare Reingewinn ist natürlich der gleiche: 36 480 Mk.

Im bisherigen Recht war die Frage, in welcher Reihenfolge diese Abzüge zu machen seien, bestritten; sie ist es auch fernerhin, wenn auch auf der vollkommen veränderter Grundlage der unglücklichen §§ 237, 245 des H.G.B. vom 10. Mai 1897. Während bisher nach der richtigen Meinung[66]) der Reservefonds im Zweifel als tantièmepflichtig behandelt wurde, da in dem Tantièmenversprechen nichts anderes, als eine „Lohnfestsetzung für geleistete Arbeiten“ zu erblicken ist, die als Verwaltungskosten von der Verteilung unter die Aktionäre ausgeschlossen werden mußte (daß übrigens die Praxis vielfach anders verfuhr, ändert nichts an der juristischen Auffassung der Sache), bestimmen heute die dem Entwurfe noch fremden, erst durch die Reichstagskommission geschaffenen §§ 237, 245, daß der Anteil von dem „nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinne“ zu berechnen sei. Diese Fassung ist durchaus nicht zweifelsfrei. Man wird nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß „Rücklagen“ und „Reservefonds“ von dem Gesetz als identisch angesehen werden, und daß dieses Wort an die Stelle des letzteren nur infolge der allgemeinen Verdeutschungssucht getreten ist.[67]) Eine in-

[66]) So Neukamp S. 16; Ring S. 504, abw. von Völderndorff S. 704 Anm. 81.

[67]) Dagegen Keyßner bei G.Z. Bd. 48 S. 516.

direkte Bestätigung findet diese Auffassung dadurch, daß das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 in seinem § 37 den Reservefonds definiert als eine „Rücklage, die zur Deckung eines, aus dem Geschäftsbetriebe sich ergebenden außergewöhnlichen Verlustes zu dienen hat". Als völlig verfehlt muß man es jedoch ansehen, wenn gefordert wird, „daß die Tantièmen von dem nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen verbleibender Reingewinne zu berechnen seien"; denn von Reingewinn kann doch überhaupt nicht gesprochen werden, wenn nicht vorher sämtliche Abschreibungen in Rechnung gestellt sind.[68])

Weiter aber entsteht die Frage, welche „Rücklagen" der Gesetzgeber gemeint habe. Die Kommissionsprotokolle[69]) geben an, daß der Antrag damit begründet wurde:

> „Ohne erheblichen Widerspruch zu finden, daß in den Fällen, in denen den Vorstandsmitgliedern auf Grund vertragsmäßiger Zusicherung oder durch Beschluß der Generalversammlung oder des durch Statut ermächtigten Aufsichtsrats ein Anteil am Jahresgewinne gewährt werde, dieser Anteil aus dem tatsächlichen Gewinne zu berechnen sei.
>
> Abschreibungen vorzunehmen, gehöre zu der ordnungsmäßigen vorsichtigen Verwaltung; ehe die Abschreibungen gemacht sind, könne von einem Reingewinne nicht die Rede sein. Dabei kommen nicht nur Abschreibungen in Betracht, sondern auch Rücklagen, die gemacht werden bei sehr hohem Jahresgewinn, um darauf in künftigen mageren Jahren zu greifen.

Die Ausführungen des zweiten Absatzes dieser Begründung sind derartig unklar, daß es unmöglich ist, dieselben zu Interpretationszwecken zu gebrauchen. Zunächst die, wie bereits oben hervorgehoben, völlig selbstverständliche Erwägung, daß von Reingewinn nicht die Rede sein könne, bevor nicht Abschreibungen gemacht seien. Dann die Verknüpfung des ersten Satzes mit dem so unendlich wichtigen Schlußsatze durch das vieldeutige „dabei"; dieses Wort hat Pemsel[70]) dahin geführt, unter Bekämpfung des Satzes, daß als tantièmepflichtig nur der

---

[68]) Ebenso Keyßner G.Z. 48 S. 514.

[69]) Vgl. Kommissionsbericht S. 73.

[70]) Holdheim 1898 S. 245ff.

Betrag in Betracht komme, „welcher tatsächlich unter den Aktionären verteilt wird, also der Rest, welcher, ohne zu Abschreibungen und Rücklagen verwendet zu werden, verbleibt", eine Unterscheidung zwischen „Rücklagen zum Zwecke der Ermittelung des Reingewinns" und „Rücklagen aus dem Reingewinn" zu konstruieren. Diese höchst scharfsinnige, aber leider auch höchst künstliche Theorie führt, wie Pemsel selbst sagt, zu einem Resultat „von verblüffender Einfachheit". So erwünscht auch diese „Ehrenrettung des Gesetzgebers" wäre, so ist es doch nicht angängig, an die Interpretation eines einzigen Wortes einer im übrigen höchst mangelhaften Begründung gegenüber dem klaren Gesetzestext („sämtliche Abschreibungen und Rücklagen") derartig weittragende Folgerungen zu knüpfen.[71])

Viel näher liegt es, wenn man schon dieser Begründung eine Bedeutung beizumessen geneigt ist, den zweiten Satz des zweiten Absatzes dahin auszulegen, daß außer den Abschreibungen nur diejenigen Rücklagen abzuziehen seien, die bei sehr hohem Jahresgewinn gemacht werden, um darauf in künftigen mageren Jahren zurückzugreifen. Man könnte meinen, daß der Gesetzgeber nur außerordentliche Rücklagen im Auge gehabt habe, und auch nur die, auf welche in mageren Jahren zurückgegriffen werden soll, sodaß also z. B. der gesetzliche Reservefonds und der Gewinnvortrag auf neue Rechnung[72]) als tantièmenfrei behandelt werden müßten.

Jedoch ist es, wie bereits oben hervorgehoben, verfehlt, aus einer so unbrauchbaren Begründung derartig diffizile Unterschiede herauskonstruieren zu wollen; vielmehr muß man sich für die Interpretation mit der Tendenz dieser Bestimmungen begnügen. Was sie aber bezwecken wollen, kann nicht zweifelhaft sein. Das Gesetz will Vorstand und Aufsichtsrat ihre Tantièmen erst dann gewähren, wenn die zum Wohle der Gesellschaft zu bildenden Reservefonds dotiert sind; „sein offensichtliches Ideal ist es, wie Rießer[73]) bemerkt, die Tantièmen des Vorstandes und Aufsichtsrats so viel als irgend möglich zu vermindern".[74])

---

[71]) Ebenso Staub Anm. 6 zu § 237 S. 716.

[72]) So Riesenfeld: Der Einfluß des Aktienrechts auf die Statuten der bestehenden Gesellschaften S. 101.

[73]) Neuerungen im Aktienrecht 1899 S. 25.

[74]) Daß übrigens diese Bestimmung gegenüber gewissenlosen Organen einen Schlag ins Wasser bedeutet, lehrt folgende Erwägung: Während bisher

Die §§ 237 und 245 sind zwingende Vorschriften; man wird daher nicht umhin können, sie in strengstem Sinne auszulegen. Danach haben wir unter den „sämtlichen Abschreibungen und Rücklagen" die Abzüge zu verstehen, welche zum Zwecke der Ermittelung des Reingewinns, sowie die, welche aus dem Reingewinne gemacht werden, mögen sie sich nun als außerordentliche Reserven oder als gesetzlicher Reservefonds oder als Gewinnvorträge auf neue Rechnung darstellen.[75]) Damit entscheidet sich die von uns an den Anfang gestellte Frage, ob vom Reingewinne zunächst die Tantième, oder der Reservefonds in Abzug zu bringen sei, in letzterem Sinne.

Vom jährlichen Reingewinn sind mindestens 5 % dem gesetzlichen Reservefonds zuzuführen. Ist im Statut eine höhere Quote vorgesehen, so muß diese, ist jedoch der Generalversammlung durch Statut die freie Gewinnverteilung überlassen, so muß jede durch diese angeordnete höhere Quote eingestellt werden. Jeder die durch Statut normierte Quote herabsetzende, einfache Generalversammlungsbeschluß und jeder sie erhöhende ist gemäß § 271 des H.G.B. anfechtbar. Eine die im Statut vorgesehene Quote erhöhende Statutenänderung ist nur dann nicht anfechtbar, wenn die Bildung eines derartigen Reservefonds im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint, eine sie herabsetzende ist insoweit zulässig, als sie nicht gegen das jus cogens verstößt. Andererseits bezeichnet die im Gesetz fixierte Quote das Minimum, unter welches nicht herabgegangen werden darf: Der Vorstand, welcher geringer dotiert, als im Statut vorgesehen ist, ist selbst dann haftbar, wenn die von ihm dotierte Quote das gesetzliche Minimum übersteigt.

Ist ein jährlicher Reingewinn nicht erzielt, so erwächst keine Dotierungspflicht. Die in einem Jahre infolgedessen unterbliebene Dotierung braucht durch höhere Einstellungen im folgenden Jahre nicht ausgeglichen zu werden.

---

die Vorstandsmitglieder oder Aufsichtsräte, die doch meistens selbst einen Teil der Aktien in Händen haben, auch in eignem Interesse möglichst reichlich Reservefonds dotierten, werden sie jetzt, da ihnen jede höhere Dotierung nachteilig ist, jedenfalls die Bildung freiwilliger Rücklagen, zu hintertreiben suchen — ein dem Gesetzgeber selbst höchst unerwünschtes Ergebnis. — Vgl. dazu Rehme, D. J.Z. Jahrg. 6 S. 492, 493. Abw. z. T. aber Keyßner G.Z. Bd. 48 S. 520.

[75]) Ebenso Staub Anm. 6 z. § 237 S. 716. Rießer S. 26. Pinner z. § 237. Esser S. 94—96.

Hat der Reservefonds das im Gesetz oder Statut bestimmte Höchstmaß erreicht, so braucht ihm nichts mehr zugeführt zu werden. Ein weitere Einstellungen anordnender einfacher Generalversammlungsbeschluß ist nur dann unanfechtbar, wenn der Generalversammlung das Recht der freien Gewinnverteilung zusteht. Eine Statutenänderung ist auch in diesem Falle nur nach den oben entwickelten Grundsätzen zulässig. Ist das Höchstmaß erreicht, und werden weitere Zuführungen unanfechtbar beschlossen, so können dieselben natürlich weniger als 5% betragen.

Der gesetzliche Höchstbetrag des Reservefonds beträgt 10% des Grundkapitals d. h. des gezeichneten Grundkapitals, unabhängig davon, wieviel wirklich eingezahlt ist.[76]) Das Statut kann einen höheren Betrag festsetzen. Eine diesbezügliche Statutenänderung ist jedoch auch nur nach den oben festgestellten Grundsätzen zulässig. Die Dotierungspflicht hört auch dann auf, wenn dieses Mindestmaß nicht durch Gewinneinstellungen, sondern durch Zuführung von Agiobeträgen erreicht ist. Sie erwächst von neuem, wenn der Reservefonds durch Verwendung zu seinem gesetzlichen Zweck unter das Höchstmaß gesunken ist. Auch hier sind jedoch nur die im Gesetz oder im Statut vorgesehenen Quoten zum Reservefonds abzuführen; eine sofortige Ergänzung bis zum Höchstmaß ist nicht erforderlich und eventl. anfechtbar.[76a])

b) Dotierung aus dem Agio.

Nach § 262 Z. 2 fließt das sogen. Agio oder Aufgeld dem Reservefonds zu, d. h. der Betrag, welcher bei der Errichtung der Gesellschaft oder bei einer Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe der Aktien für einen höheren, als den Nennbetrag über diesen erzielt wird. § 184 Abs. 2 gestattet die sogen. Überpariemission und § 278 Abs. 3 verpflichtet die Generalversammlung bei Ausgabe neuer Aktien über Pari, im Falle der Erhöhung des Grundkapitals, den Mindestbetrag, unter dem die Ausgabe nicht erfolgen soll, in einem Beschlusse festzusetzen. Ein Agio kann außerdem aber auch noch in dem Falle erzielt werden, daß jemand Sacheinlagen macht und dafür Aktien erhält, deren Nennbetrag geringer ist als der Wert dieser

[76]) O.L.G. Dresden in G.Z. Bd. 35 S. 238; Staub Anm. 13 zu § 262 S. 807.

[76a]) Staub Anm. 13 zu § 262 S. 807.

Sacheinlagen. In solchem Falle können die Aktien über Pari ausgegeben werden, sie müssen es aber nicht. Werden die Aktien al pari ausgegeben, so bildet die Gesellschaft dadurch, daß sie die re vera einen höheren Wert repräsentierenden Sacheinlagen zum Nennbetrage der Aktien in die Bilanz stellt, stille Reserven. Überpariemission ist demnach sowohl bei Neugründung, wie bei Erhöhung des Grundkapitals durch späteren Generalversammlungsbeschluß wie auch in dem letzterwähnten Falle zulässig. Gewöhnlich erfolgt die Ausgabe mit Agio gegen Gewährung gewisser Vorzugsrechte, doch ist es auch denkbar, daß eine Aktiengesellschaft, die prosperiert, ohne die Gewährung von Vorzugsrechten eine Ausgabe junger Aktien über Pari veranstaltet.[77]) Soll also z. B. das Grundkapital um 200000 Mk. erhöht werden, und werden die jungen Aktien zu 110 Mk. ausgegeben, so beträgt das erzielte Agio 20000 Mk. Dieser Betrag muß nach Abzug der durch die Ausgabe entstandenen Kosten in den Reservefonds eingestellt werden. Aus diesen Darlegungen ergibt sich schon, daß nur der Betrag gemeint ist, der von der Gesellschaft selbst erzielt ist;[78]) ob die Zeichner durch Verkauf an der Börse Gewinn erzielen oder nicht, ist bezüglich des in den Reservefonds zu stellenden Betrages völlig gleichgültig; denn durch die Übernahme der Aktien sind die Übernehmer verfügungsberechtigt geworden. Jeder Gewinn, den sie durch Weiterveräußerung der Aktien machen, fällt ihnen zu, nicht der Gesellschaft. Wenn daher behauptet wurde, daß auch dieser „Gewinn" rechtmäßigerweise in den Reservefonds zu fließen habe, so lag dies in einer völligen Verkennung des Wesens des Agio, zu der allerdings die Fassung der Art. 185 b, 239 b der Novelle v. 18. Juli 1884 dadurch Anlaß gegeben haben mag, daß sie den über den Nennbetrag erzielten Betrag als „Gewinn" bezeichnete. An die Stelle der sinnentstellenden Bezeichnung „Gewinn" hat das H.G.B. v. 10. Mai 1897 im § 262 den Ausdruck „Betrag" gesetzt, damit, wie auch die Denkschrift zum Entwurf[79]) hervorhebt, fernerhin hieraus der Schluß gezogen werden könnte, „daß das H.G.B. das Agioerträgnis an sich nicht als eine Kapitalsvermehrung auffasse."

Der Nennbetrag mitsamt dem Agio ist der Preis, für welchen

[77]) Vgl. Staub, D.J.Z. Jahrg. 99 S. 394.
[78]) A. M. nur v. Völdendorff S. 706.
[79]) Berlin 1897 S. 148 (Guttentagsche Ausgabe).

die Mitgliedschaft erworben wird. Vom Standpunkte des Aktionärs aus sind beide zusammen der Gesellschaftsbeitrag, die Einlage, die der Aktionär einheitlich leisten muß, um dafür Mitglied der Gesellschaft zu werden. Andererseits stellt das Agio, vom Standpunkte der Gesellschaft betrachtet, zwar keine Erhöhung des Grundkapitals, wohl aber eine Vermehrung des Gesellschaftsvermögens dar, das genau so, wie das Grundkapital, dem wirtschaftlichen Zwecke dient, Gewinn zu erzielen. Das Agio ist also nicht Gewinn, vielmehr sind dies Beträge, welche, wie Lehmann-Ring treffend bemerkt,[80]) Erzeuger, nicht Erzeugnisse der gewinnbringenden Tätigkeit sind.[81])

Da das Agio kein Gewinn ist, so darf es auch nicht unter dem jährlichen Gewinn- oder Verlustkonto gebucht werden, dessen Saldo nur in der Bilanz erscheint. Vielmehr muß es in voller Höhe auf der Passivseite — und zwar unter der wenig passenden Bezeichnung Reservefonds — figurieren.

Begrifflich wäre es nun allerdings denkbar, daß alles, was an Grundkapital und Agio an die Gesellschaft gezahlt ist, als Dividende an die Aktionäre zurückgezahlt werden könnte; da aber ein derartiges Verfahren die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger höchstens bei ewig gutem Geschäftsgange ermöglichen würde, und so auch schon bei dem geringsten Schwanken der Konjunktur zu dem Ruin einer jeden Aktiengesellschaft führen müßte, so ist, um die Volkswirtschaft vor Schaden zu bewahren, kraft positiver Gesetzesvorschrift die Verteilung sogenannter fiktiver Dividenden verboten. Eine Verteilung soll nur stattfinden, wenn wirklich Gewinn erzielt ist, und diese Verteilung soll nur in Höhe dieses Gewinnes erfolgen. Deshalb schreibt das Gesetz vor, daß sowohl das Grundkapital wie auch das Agio, als ein Produzent des Reingewinns nicht Reingewinn selbst, von der Verteilung auszuschließen sei. Diese Bestimmung findet ihren gesetzlichen Ausdruck in der Vorschrift, daß

[80]) Anm. zu § 262, Warschauer a. a. O. S. 7, 8 bezeichnet das Agio als Gewinn.

[81]) Ebenso Staub, D.J.Z. 1902 S. 122. Dernburg S. 228 Anm. 5; R.G. Bd. 32 S. 244; dagegen die ständige Praxis des preußischen Oberverwaltungsgerichts, zuletzt vom 25. Mai 1900 abgedr. in Holdheims Monatsschrift 1900 S. 222. — Nachdem sich auch das sächsische Oberverwaltungsgericht (D.J.Z. Jahrgang 1902 S. 396) mit Entschiedenheit für den Standpunkt des Textes ausgesprochen hat, hat auch das preußische Oberverwaltungsgericht in neuester Zeit seine bisherige Praxis aufgegeben.

der Betrag des Grundkapitals, wie auch das Agio auf die Passivseite der Bilanz zu stellen sei. Hierdurch aber wird bewirkt, daß das Agio, ebenso wie das Grundkapital, von der Verteilung unter die Aktionäre ausgeschlossen wird. Daß der Betrag des Grundkapitals und der Agiobetrag gesondert gebucht werden müssen, ist für die juristische Auffassung belanglos. Der Unterschied zwischen beiden besteht lediglich darin, daß das Grundkapital als stabiler Passivposten, wenn es durch Verluste gemindert ist, bis zu seiner ursprünglichen Höhe ergänzt werden muß, bevor Dividenden verteilt werden dürfen, während das Agio verloren werden kann, ohne daß eine solche Ergänzung vor Verteilung der Dividenden nötig wäre.[82])

Von dem aus dem jährlichen Reingewinn gebildeten Bestandteil des Reservefonds unterscheidet sich das Agio dadurch, daß ersterer Rücklage aus dem Gewinn, letzterer dagegen zusätzliches Einlagekapital darstellt. Beide Teile sind von der Verteilung unter die Aktionäre ausgeschlossen, beide Teile haben daher unter den Passiven zu figurieren; daß sie unter der gemeinsamen, leicht mißverständlichen Bezeichnung „Reservefonds" gebucht werden, findet seine Rechtfertigung darin, daß beide demselben Zwecke, der Deckung von Bilanzverlusten, zu dienen bestimmt sind.

Aus der Natur des Agio ergibt sich, daß es stets in den Reservefonds gestellt werden muß, ohne Rücksicht darauf, ob der Reservefonds bereits das gesetzliche Höchstmaß überschritten hat oder nicht. Wenn dagegen umgekehrt durch Erzielung eines Agiobetrages die gesetzliche Höhe erreicht ist, so sind, wie bereits oben hervorgehoben, weitere Einstellungen aus dem jährlichen Reingewinn nicht erforderlich, und ein sie anordnender Generalversammlungsbeschluß ist anfechtbar.

Es ist streitig, ob als Agio auch die sog. Stückzinsen, d. h. diejenigen Zinsen, welche die Zeichner dann zu leisten haben, wenn die Emission im Laufe des Jahres stattfindet, und die jungen Aktien am Schlusse des Jahres bereits an der vollen Jahresdividende Anteil nehmen, anzusehen und dementsprechend in den Reservefonds einzustellen sind oder nicht. Die Frage muß deshalb verneint werden, weil das Agio als ein Beitrag der Gesellschafter aufzufassen ist, die Stückzinsen jedoch lediglich als eine Entschädigung für einen, mit der Übernahme

[82]) Vgl. Simon S. 83.

der Aktien verbundenen Vorteil; ebensowenig wie man, was ja denkbar wäre, wenn junge Aktien al pari im Laufe des Geschäftsjahres ausgegeben würden, die etwa vereinbarten Stückzinsen als Agio ansehen könnte. Dementsprechend ist auch umgekehrt für den Fall, daß Stückzinsen von der Gesellschaft versprochen werden, wenn die jungen Aktien nicht an der Jahresdividende Anteil nehmen sollen, der in den Reservefonds einzustellende Agiobetrag in Höhe dieser Zinsen nicht zu verringern.[83])

Vom Agiobetrag in Abzug zu bringen sind die, durch Ausgabe der Aktien entstehenden Kosten: Als solche sind anzusehen Stempel-, Gerichts-, Notariatskosten, die Einkommensteuer — soweit sie unzulässigerweise vom Agio erhoben wird — und die den Zeichnern für die Unterbringung der Aktien gewährte Provision.

c) Dotierung aus den Zuzahlungen.

Die durch das H.G.B. vom 10. Mai 1897 aufgenommene Z. 3 d. § 262 bestimmt, daß in den Reservefonds der Betrag von Zuzahlungen einzustellen sei, die ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären, gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden, soweit nicht eine Verwendung dieser Zuzahlungen zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird.

Voraussetzung ist also, daß Zuzahlungen ohne Erhöhung des Grundkapitals erfolgen, und daß den Zuzahlenden gewisse Vorrechte eingeräumt werden. Derartige Zuzahlungen erfolgen häufig, wenn die Gesellschaft durch schlechte Konjunktur große unvorhergesehene Verluste erlitten hat, die eine Sanierung des Unternehmens dringend erforderlich erscheinen lassen. Da man nicht das Grundkapital erhöhen will, gewährt man den alten Aktionären gewisse Vorzugsrechte bei der Gewinnverteilung, unter der Bedingung, daß sie Zuzahlungen in bestimmter Höhe leisten. Diese Zuzahlungen stellen sich, juristisch betrachtet, genau so wie das Agio, vom Standpunkte des Aktionärs als Einlage, vom Standpunkte der Gesellschaft als Vermehrung des Gesellschaftsvermögens, mit dem Gewinn erzielt werden soll, niemals aber als Gewinn dar. Das Gesetz schließt sie aber nicht gänzlich von der Verteilung aus,

[83]) Ebenso Simon S. 278, Ring S. 628, Lehmann-Ring zu § 262, Pinner zu § 262; dagegen Staub Anm. 15 z. § 262 S. 808.

sondern nur den Teil, der nach Abzug der zur Deckung außerordentlicher Verluste und zu außerordentlichen Abschreibungen zu verwendenden Beträge übrig bleibt: Daß gewöhnliche Abschreibungen und gewöhnliche Verluste von dem Gesetz mitumfaßt seien, widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes.[84]) Erfolgen also z. B. Zuzahlungen im Betrage von 100 000 Mk., so sind diese bei etwa zu hoher Bewertung der Aktiva als Erneuerungsfonds zu verwenden; werden hierdurch 50000 Mk. aufgebraucht, so ist der Rest von 50 000 Mk. in den Reservefonds zu stellen; es soll hierdurch verhindert werden, daß der Rest der Zuzahlungen, die z. B. in Neuanlagen stecken, ihrem Zwecke, nämlich der Stärkung der wirtschaftlichen Grundlagen des Unternehmens, dadurch entzogen werden, daß sie sofort wieder am Schlusse des Jahres, als Gewinn unter die Aktionäre verteilt werden. Daß das Gesetz ihre Buchung unter der Bezeichnung Reservefonds vorschreibt, trägt nicht zur Verdeutlichung des Wesens dieser Zuzahlungen bei.

Die Vorschrift der Z. 2 des § 262 muß analog auf die Z. 3 angewandt werden: Danach sind die Transaktionskosten von dem in den Reservefonds zu stellenden Betrag in Abzug zu bringen.[85])

2. Dotierung der statutarischen Reservefonds.

Die Dotierung der freiwilligen Reservefonds wird entweder durch das Statut angeordnet oder durch die hierzu durch Statut ermächtigten Organe; ihre Höhe ist unbegrenzt. Insbesondere wird der Dividendenanspruch der Aktionäre nicht schon dadurch verletzt, daß der gesamte Reingewinn zu Reservefondszwecken zurückgehalten wird, so daß zur Verteilung einer Dividende nichts mehr übrig bleibt. Denn dieser Anspruch umfaßt nur den Reingewinn, insoweit er nicht durch das Gesetz oder durch den Gesellschaftsvertrag von der Verteilung ausgeschlossen ist.[86])

Ist dagegen die Dotierung oder Höhe des Fonds statutarisch bestimmt, und beschließt die Generalversammlung eine höhere Dotierung, so hatte nach bisherigem Recht jeder Aktionär schlechthin gegen einen derartigen statutenwidrigen Generalversammlungsbeschluß die Anfechtungsklage, wofern nur die in den Art. 222, 190a der Nov. vom

---

[84]) Abw. Staub Anm. 17 z. § 262 S. 808.

[85]) Ebenso Staub Anm. 18 zu § 262 S. 809.

[86]) Ebenso Staub Anm. 7 zu § 213 S. 644.

18. Juli 1884 enthaltenen Formvorschriften eingehalten waren. Klagte ein Aktionär, so mußte er beweisen, daß die höhere Dotierung des betreffenden Reservefonds — und zu dem letzteren gehören, wie schon oben hervorgehoben, auch die stillen Reserven — statutenwidrig durch die Generalversammlung beschlossen sei, § 271 Abs. 3 S. 2 des H.G.B. dagegen beschränkt dieses Anfechtungsrecht des Aktionärs zu Gunsten der Mehrheitsbeschlüsse dadurch erheblich, daß er dasselbe, wie bereits oben erwähnt, nicht jedem Aktionär ohne weiteres, sondern diesem oder einer Mehrheit von Aktionären nur dann gewährt, wenn die Anteile den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen.[87])

Die Vorschrift des § 271 Abs. 2 Satz 2 stellt sich als eine Ausnahme des § 271 Abs. 1 dar: Denn hiernach müßte ein derartiger Überdotierungsbeschluß der Generalversammlung wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrages von jedem Aktionär angefochten werden können.

Dieses Anfechtungsrecht steht den Anfechtungsberechtigten schlechthin zu: Sie haben nicht der Generalversammlung böswilliges oder willkürliches Verfahren nachzuweisen; nie kann ihnen die Einrede entgegengesetzt werden, die Abschreibung oder Rücklage bewege sich „innerhalb der Grenzen einer verständigen Geschäftsführung“.[88])

Das Anfechtungsrecht steht nach § 271 Abs. 4[89]) in Fällen der Gesetz- oder Statutenwidrigkeit des Generalversammlungsbeschlusses dem Vorstande als solchem zu; er wird dieses Recht hauptsächlich dann auszuüben haben, wenn der Generalversammlungsbeschluß Anordnungen trifft, welche dem Interesse der Gesellschaft zuwiderlaufen. Da die Überdotierung von Reservefonds jedoch meistens im Interesse der Gesellschaft liegen wird, so wird er nur selten zur Erhebung der Anfechtungsklage Anlaß haben. Grundsätzlich jedoch steht ihm die Anfechtung auch dann zu, wenn der Beschluß Abschreibungen oder Rücklagen über das nach dem Gesetz oder nach dem Gesellschaftsvertrage

---

[87]) Vgl. Neukamp G.Z. Bd. 48 S. 494.

[88]) Vgl. R.G. Bd. 40 S. 36 und R.G. vom 26. Januar 1898 abgedr. bei Holdheim 98 S. 143; ebenso Pinner z. § 262. Anders jedoch, wenn es sich um einen statutenändernden Generalversammlungsbeschluß handelt. Vgl. darüber oben § 3, I, b, 2.

[89]) Vgl. ebenso für die Kommanditgesellschaft auf Aktien H.G.B. § 325 und für die Genossenschaften Rg. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften § 51.

statthafte Maß hinaus anordnet. Jedoch ist sein Anfechtungsrecht nicht an den Besitz von Anteilen geknüpft, welche den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen. Ferner sind anfechtungsberechtigt die einzelnen Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats, jedoch nur unter der Bedingung, daß der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden. Das Gesetz will hauptsächlich die Fälle treffen, in denen der Generalversammlungsbeschluß Vermögensgegenstände mit zu hoher Bewertung in die Bilanz aufgenommen wissen will. In diesem Falle würden sich die einzelnen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats nach R.K.O. § 240 Z. 3 im Falle des Konkurses strafbar machen und den Gläubigern der Gesellschaft nach § 241 Z. 5 und § 249 Abs. 3 des H.G.B. haftbar sein. Da die Dotierung von Reservefonds jedoch niemals, weil nicht den wahren Vermögensstand verschleiernd, unter den § 240 Z. 3 der Konkursordnung fallen würde, da aber andererseits eine solche nur im Interesse der Gläubiger liegen kann, so würden sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats den Gesellschaftsgläubigern nicht haftbar machen; die Anfechtung wegen Überdotierungen von Reservefonds durch die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats ist also demnach ausgeschlossen.[90])

Das Anfechtungsrecht ist an sich nur gegen die Beschlüsse der Generalversammlung gegeben, es versagt dann, wenn dem Vorstand oder Aufsichtsrat, was, wie oben bereits dargetan, zulässig ist, durch Statut oder Generalversammlungsbeschluß die Dotierung in bestimmter Höhe aufgegeben ist, und jene dann Abschreibungen und Rücklagen über das ihnen vorgeschriebene Maß beschließen. Hier greifen folgende Grundsätze Platz: Der Gesellschaft als solcher haften die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats nach § 249 Abs. 2 des H.G.B. wegen Verletzung ihrer Obliegenheiten als Gesamtschuldner für den der Gesellschaft aus einer derartigen Überdotierung entstehenden Schaden. Der Aktionär als solcher hat ohne weiteres kein Anfechtungsrecht, denn dieses steht ihm gemäß § 271 nur gegen Beschlüsse der Generalversammlung, nicht gegen Beschlüsse des Vorstandes oder Aufsichtsrats zu. Nur aber in Höhe der Anordnung des Statuts ist die Verteilung des Reingewinns

[90]) Vgl. auch Keyßner G.Z. Bd. 48 S. 520 und Neukamp G.Z. Bd. 48 S. 485, 486.

an den Vorstand oder Aufsichtsrat überlassen. Nur insoweit handelt es sich also um der Kompetenz der Generalversammlung entzogenen Reingewinn. Ein den Reservefonds überdotierender Vorstands- oder Aufsichtsratsbeschluß ist nichtig. Die Nichtigkeit kann von jedermann, also auch von den einzelnen Aktionären, und zwar durch Anfechtung des die betreffende Bilanz genehmigenden Generalversammlungsbeschlusses geltend gemacht werden.

§ 4.

Anlegung und Verwendung.

I. Anlegung.

1. Des gesetzlichen Reservefonds.

Über die Anlegung des gesetzlichen Reservefonds der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien bestimmt das H.G.B. nichts. Ebensowenig enthalten das R.G., betreffend die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen, diesbezügliche Vorschriften. Eine Anlegung des gesetzlichen Reservefonds ist also nicht erforderlich.[91])

2. Der statutarischen Reservefonds.

Nach den durch die Novelle vom 18. Juli 1884 dem Allgem. Deutschen H.G.B. eingefügten Artikeln 185 c, 239 b sollten die Grundsätze, nach welchen Reservefonds anzulegen sind, durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden. Das neue H.G.B. hat eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen; die Rechtslage ist dadurch aber nicht geändert. Der Begriff der Anlegung eines Reservefonds ist, wie schon Ring mit Recht hervorhebt, ein unjuristischer. Reservefonds oder besser Reservekonten sind keine selbständig abgeschlossenen Vermögensmassen, sondern vielmehr Passivposten der Bilanz,[92]) die zusammen mit dem Grundkapital von der Verteilung auszuschließen sind. Der Begründung

---

[91]) Anders nur R.G. über die privaten Versicherungsunternehmungen § 59 ff. hinsichtlich der Anlegung des Prämienreservefonds vgl. oben § 3, I, a.

[92]) Vgl. O.L.G. Dresden in G.Z. Bd. 35 S. 238. — H. O. Lehmann in Birkmeyers Enzyklopädie Berlin 1901 S. 627 u. a.

des Entwurfs[93]) scheint dies noch nicht völlig klar gewesen zu sein; denn sie sagt, daß es Aufgabe der verantwortlichen Gesellschaftsorgane sein werde, „dafür Sorge zu tragen, daß die Anlage des Reservefonds, soweit dies nach den Umständen notwendig ist, nicht lediglich in einer bloßen Buchoperation besteht, sondern daß derselbe in Wirklichkeit und in leicht realisierbaren Werten vorhanden ist, um jederzeit auch den sachlichen Zweck, zu welchem er bestimmt ist, erfüllen zu können". Doch schon die Reichstagskommission[94]) sieht klar, daß der erforderte Reservefonds lediglich ein Bilanzposten ist, „sodaß derselbe also, falls nicht in dem Gesellschaftsvertrage oder sonst etwas bestimmt ist, nicht besonders angelegt und verwaltet zu werden braucht". Natürlich ist es zulässig, daß das Statut Anordnungen über die Anlage statutarischer Reservefonds trifft: dann sind aber nicht etwa die Effekten, in denen der Reservefonds anzulegen ist, Reservefonds,[95]) vielmehr wird dann nur ein der Höhe des Reservefonds entsprechender Teil des Gesellschaftsvermögens in ganz bestimmten Werten angelegt. Dies ist aber gänzlich einflußlos auf die als Reservefonds in den Passiven figurierende Summe; eine solche Bindung eines Teils des Gesellschaftsvermögens kann für industrielle Unternehmungen z. B. wenig zweckmäßig sein.[96]) Ebensowenig ist es angängig, den Resevefonds als ein besonderes Unternehmen aufzufassen,[97]) und, wenn seine Anlegung etwa im Statut angeordnet ist, als „Effekten des Reservefonds" auf der Aktivseite zu buchen. Natürlich figurieren diese tatsächlich als Bestandteile des Gesellschaftsvermögen vorhandenen Effekten auf der Aktivseite der Bilanz,[98])[99]) nicht aber als „Effekten des Reservefonds". Dementsprechend beantwortet sich die Frage, ob die als Reservefonds unter den Passiven figurierende Summe entsprechend dem Kursverlust oder dem Kursgewinn der ihn darstellenden Effekten zu vermindern

---

[93]) A. S. 186, 267 B. S. 176 (1884).

[94]) Kommissionsbericht S. 25.

[95]) Abw. Pinner z. § 262, Warschauer a. a. O. S. 33ff. fordert de lege ferenda gesonderte Verwaltung des in sicheren Werten angelegten Reservefonds.

[96]) Ebenso Cosack S. 652; Staub Anm. 4 zu § 262 S. 805 u. a.

[97]) Vgl. darüber die treffenden Ausführungen bei Simon S. 230.

[98]) Ebenso Staub Anm. 5 zu § 262 S. 805.

[99]) Abw. Pinner S. 213, der es für selbstverständlich hält, daß Effekten, in denen der Reservefonds angelegt ist, nicht als Aktivum in der Bilanz figurieren können.

oder zu erhöhen sei, dahin, daß das Schwanken des Kurses der Effekten nur auf der Aktivseite in dem Ansatz der Effekten seinen Ausdruck erhält, daß dagegen der Reservefonds, als stabiler Passivposten, stets unverändert bleibt. Ebenso fließen die Zinsen dieser Effekten nicht etwa dem Reservefonds zu, sondern sie vermehren vielmehr das Gesellschaftsvermögen, und so den verteilbaren Reingewinn.[100])

Pinner[101]) will dies letztere nur für den gesetzlichen Reservefonds gelten lassen; eine derartige Auffassung ist jedoch nicht haltbar, denn auch der gesetzliche Reservefonds besteht, wenigstens zum Teil, ebenso wie die statutarischen Fonds, aus einem von der Verteilung unter die Aktionäre ausgeschlossenen Teil des Reingewinns. Es kann für die Frage, ob die Zinsen dem Reservefonds zugeschrieben werden dürfen oder nicht, keinen Unterschied machen, ob die Fonds auf Gesetz oder Statut beruhen.

Zur Veranschaulichung diene folgendes Beispiel: Eine Gesellschaft besitzt einen Dividendenergänzungsfonds in Höhe von 50 000 Mk., dessen Anlegung in Effekten durch das Statut nicht vorgeschrieben war. Nach der Bilanz ergibt sich ein Reingewinn von dem nach Abzug der Quoten für den gesetzlichen Reservefonds und die Tantièmen des Vorstandes und Aufsichtsrats nichts mehr übrig bleibt. Die Generalversammlung beschließt 5% Dividende zu verteilen und dieselbe aus dem Dividendenergänzungsfonds zu zahlen. Es sollen bei einem Grundkapital von 500 000 Mk. demgemäß 25 000 Mk. zur Verteilung gelangen, so daß also der Dividendenergänzungsfonds um die Hälfte — 25 000 Mk. — vermindert werden muß. Da die Gesellschaft ein großes industrielles Unternehmen ist, so steckt ihr Gesellschaftsvermögen als werbendes Kapital in den zum Betriebe ihres Unternehmens gehörigen Anlagen. Barbestände sind nicht vorhanden; um sich also die zur Austeilung bestimmten 25 000 Mk. zu beschaffen, müßte die Gesellschaft einen Teil ihrer als werbendes Kapital festgelegten Werte zu Geld machen. Da ein derartiges Verfahren unter Umständen wenig rationell sein kann, ja sogar zu schweren Schädigungen des gesamten Unternehmens führen könnte, so muß auch in diesem Falle die Auf-

[100]) Abw. Renaud S. 760.

[101]) S. 213.

nahme eines Darlehns in Höhe von 25 000 Mk. der Gesellschaft gestattet sein.[102])

Dabei soll nicht die Gefahr geleugnet werden, welche sich in solchem Fall ergeben kann, wenn es sich um die Machinationen schwindelhafter Unternehmungen handelt. Denn hier genügt die Höherbewertung der vorhandenen Aktiva, um in kürzester Zeit, nach Aufnahme immer neuer Darlehen, zu dem Ruin des Unternehmens zu führen und damit gleichzeitig auch die Darlehnsgeber schwere Verluste an den dargeliehenen Summen erleiden zu lassen.

II. Verwendung.

1. Des gesetzlichen Reservefonds.

Die präzise Fassung des § 262 des H.G.B.: „Zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes ist ein Reservefonds zu bilden", ebenso auch seine Entstehungsgeschichte [103]) lassen unzweifelhaft erkennen, daß das Gesetz dem „Kapitalergänzungsfonds" die ausschließliche Zweckbestimmung verleiht, nur einen sich aus einer Unterbilanz ergebenden Verlust zu decken. Es darf demnach also weder ein gewöhnlicher Geschäftsverlust, noch ein außerordentlicher Verlust (anders aber R.G. über die privaten Versicherungsunternehmungen §§ 37, 38) aus ihm gedeckt werden, wofern sich aus der Vergleichung sämtlicher Aktiva und Passiva der Bilanz schließlich immer noch ein Gewinn ergibt. Jeder diese gesetzliche Zweckbestimmung verletzende Generalversammlungsbeschluß ist als gesetzwidrig nach § 271 Abs. 1 des H.G.B. anfechtbar. — Als Verlust ist derjenige Verlust anzusehen, der in Gemäßheit des § 261 Z. 6 des H.G.B. am Schlusse der Bilanz angegeben werden muß; hieraus folgt, daß in der den Verlust konstatierenden Bilanz der Reservefonds in Höhe dieses Verlustes nicht als gemindert erscheinen darf, sondern vielmehr in ursprünglicher Höhe des Vorjahres zu figurieren hat. Dagegen ist er in der nächstjährigen Bilanz als in Höhe des vorjährigen Bilanzverlustes gekürzt zu buchen. Reicht der Reservefonds zur Deckung des Bilanzverlustes nicht aus, und wird ein entsprechender Verlustvortrag aus dem Vorjahre in die nächstjährige Bilanz aufgenommen, so ist mit dem im nächsten Jahre vorhandenen

[102]) Vgl. R.G. Bd. 11 S. 162. Staub S. 646 Anm. 11.
[103]) Vgl. dazu Neukamp S. 91.

Reservefonds die sich eventuell in Höhe des Verlustvortrages ergebende Unterbilanz zu decken.

Ist andererseits aus dem Vorjahre Gewinn in die neue Bilanz vorgetragen und ergibt sich am Schlusse der Bilanz ein Verlust, so daß also auch der Gewinnvortrag aus dem Vorjahre mitverloren ist, so ist derselbe nicht etwa dem Verluste hinzuzurechnen: Ist z. B. ein Gewinnvortrag von 600 M. in die Bilanz aufgenommen und ergibt sich aus der Vergleichung der Aktiva und Passiva ein Bilanzverlust von 2400 M., so sind 2400 M., nicht etwa 3000 M. (2400 + 600) zu decken. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß dadurch, daß der Gewinn aus dem Vorjahre in die neue Bilanz eingestellt wird, dieser ein Aktivposten der Bilanz, welche die Höhe des verteilbaren Reingewinns feststellen soll, wird. Auch er muß infolgedessen behufs Ermittelung von Gewinn und Verlust zur Vergleichung herangezogen werden.

Wenn das Gesetz von Bilanz spricht, so meint es die am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres aufzustellende Bilanz, nicht jedoch die Eröffnungsbilanz: Dies ergibt die Stellung des § 262 des Handelsgesetzbuchs innerhalb der die Aufstellung der jährlichen Bilanz ordnenden Vorschriften.[104]) Infolgedessen darf auch das bei der Gründung durch Überpariemissionen erzielte Agio nicht zur Zahlung der Gründerprovisionen verwendet werden. Man nehme folgendes Beispiel: Eine Gesellschaft wird gegründet mit einem Grundkapital von M. 200 000. Die Aktien werden zu 110 % ausgegeben und ein Agiobetrag von M. 20 000 wird erzielt; M. 20 000 Gründerprovision sind im Statut vorgesehen. Es ergäbe sich also folgende Eröffnungsbilanz:

Aktiva.		Passiva.	
Barbestand	220 000	Grundkapital	200 000
Verlust	20 000	Reservefonds	20 000
		Gründerprovision	20 000
	240 000		240 000

Zuzugeben wäre, daß es sich an sich um einen Bilanzverlust handelte; würden jedoch die M. 20 000, die re vera Gründerprovision sind, aus dem aus dem Agio gebildeten Reservefonds gedeckt werden,

[104]) Abw. Lehmann-Ring zu § 262.

so würde das Agio seinem Zwecke, der Stärkung der wirtschaftlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft, von vornherein entzogen werden; allerdings würden die Gründerprovisionen auch in der Jahresbilanz wiederum als Passiva erscheinen und möglicherweise aus demselben aus Agiobeträgen gebildeten Reservefonds gedeckt werden müssen. Aber es ist doch dann jedenfalls ein ganzes Jahr mit dem vermehrten Gesellschaftsvermögen gewirtschaftet worden, was für das weitere Wohl und Wehe der Gesellschaft von immenser Bedeutung sein kann, und die von den Aktionären als Einlagen gezahlten Überparibeträge wären nicht entgegen der Absicht, in welcher sie gezahlt wurden, ihrer Zweckbestimmung entzogen worden.

Bestritten ist die Frage, ob der gesetzliche Reservefonds nur zur Deckung von Bilanzverlusten verwendet werden kann, oder ob er auch hierzu verwendet werden muß. Ring,[105]) der den ersteren Standpunkt vertritt, hat seine früheren Ausführungen stark eingeschränkt.[106])

Er meint, die letztere Ansicht sei bedenklich, „weil das Gesetz offenbar keinen Anlaß hatte, die Gesellschaft zu hindern, daß sie unter Bewahrung ihres Reservefonds den Gewinn künftiger Jahre zunächst zur Ausgleichung des Verlustes verwende“. Er beruft sich dann ferner auf die zustimmenden Ausführungen der Begründung zum Entwurfe der Novelle vom 18. Juli 1884. Diese Auffassung trifft jedoch nicht zu. Vielmehr spricht das Gesetz im § 213 aus, daß der gesamte bilanzmäßige Reingewinn, so weit er nicht durch Gesetz oder durch Statut von der Verteilung ausgeschlossen ist, unter die Aktionäre verteilt werden muß. Würden also andere als die gesetz- oder statutenmäßig vorgesehenen Beträge zur Deckung von Bilanzverlusten verwendet und so der Verteilung entzogen werden, so wäre ein derartiges Verfahren ungesetzlich. Das Gesetz gewährt den Aktionären für den Fall, daß die Generalversammlung die Verwendung eines Teils des Reingewinns zur Deckung von Bilanzverlusten beschließt, das Anfechtungsrecht des § 271 Abs. 1. Wenn das Gesetz selbst die Mittel in die Hand gibt derartige Reingewinnrücklagen zu verhindern, so kann es andererseits nur seine Absicht sein, daß der gesetzliche Reservefonds zur Deckung eines derartigen Verlustes verwendet werden muß. Unterstützt

---

105) S. 631.

106) Vgl. Lehmann-Ring z. § 262.

wird dies durch die kategorische Fassung des § 262 Abs. 1, welche jeden Zweifel beseitigt. Demnach haben die Aktionäre ein Recht darauf, daß der Reservefonds wirklich zu seinem gesetzlichen Zwecke, zur Deckung eines Bilanzverlustes verwendet wird.[107])

2. Der statutarische Reservefonds.

Entsprechend den im § 3 Abs. 1 unserer Erörterung aufgestellten Grundsätzen hat die Verwendung der freiwilligen Reservefonds nach ihren von dem Statut zu bestimmenden Zwecken zu erfolgen. Bestimmt das Statut unmittelbar die Art der Verwendung der freiwilligen Reservefonds, so ist jede andere Verwendung unzulässig, es sei denn, daß dieselbe auf Grund eines statutändernden Generalversammlungsbeschlusses erfolgt. Ein einfacher, die Verwendungsart ändernder Generalversammlungsbeschluß wäre von jedem Aktionär als statutenwidrig nach § 271 Abs. 1 des H.G.B. anfechtbar.

Ist die Verwendung durch das Statut in das Ermessen der Generalversammlung oder des Vorstandes oder Aufsichtsrats gestellt, so haben nur diese über die Verwendung zu beschließen. Ebenso kann die durch Statut ermächtigte Generalversammlung die Verwendung dem Vorstand oder Aufsichtsrat überlassen.[108])

Ist ein Reservefonds infolge eines einfachen unangefochten gebliebenen Generalversammlungsbeschlusses zu einem bestimmten Verwendungszwecke gebildet worden, so kann durch jeden späteren einfachen Generalversammlungsbeschluß die Art der Verwendung geändert werden. Dagegen muß ebenso wie der gesetzliche Reservefonds zu seinem gesetzlichen Zwecke, so auch der auf Statut beruhende Reservefonds seinem statutarischen Zwecke gemäß verwendet werden.

Wie Simon[109]) mit Recht betont, ist die Frage der Buchung der Verwendung eine Frage von großer praktischer Bedeutung, da die Art der Buchung einen Einfluß auf die Höhe des bilanzmäßig verteilbaren Reingewinns ausübt. Nach Simon unterscheidet die Praxis hier zwei Fälle:

---

[107]) Ebenso Pinner S. 212, Esser S. 157, Staub Anm. 7 zu § 262 S. 806, Neukamp S. 92, Simon S. 241, Behrend § 130 Anm. 18a, Puchelt-Förtsch Anm. 3 zu Art. 185b.

[108]) Unzutreffend Kammergericht bei Johow Bd. 8 S. 16.

[109]) S. 267 ff.

1. Sind die Reservefonds zur Deckung bestimmter Ausgaben bestimmt, welche aus den zu diesem Zwecke zurückgehaltenen Überschüssen eines Vorjahres bestritten werden, so wird diese Ausgabe regelmäßig derart gebucht, daß in der am Ende des Jahres aufzustellenden Bilanz nicht der Reservefonds in seiner ursprünglichen vollen Höhe figuriert, sondern eine Summe, welche gleich der Differenz des ursprünglich gebildeten Fonds und der im Laufe des Jahres erfolgten Ausgabe ist. Auf diese Weise wird den Aktionären der verteilbare Reingewinn nicht geschmälert.

2. Sind dagegen die Reservefonds zur Deckung von Verlusten bestimmt, so darf der etwa zur Deckung eines derartigen Verlustes gebildete Reservefonds nicht ohne weiteres als in Höhe des Verlustes vermindert in der Bilanz erscheinen. Ein Verlust muß vielmehr stets positiv in der Bilanz zum Ausdruck kommen. Beschließt die Generalversammlung nach Genehmigung dieser Bilanz Deckung des Verlustes aus einem vorhandenen Reservefonds, so kommt dieses erst in der nächstjährigen Bilanz in Ansatz. Auf diese Weise aber wird im Gegensatz zu dem oben unter 1 Bemerkten den Aktionären der Reingewinn des Jahres in Höhe des betreffenden Verlustes geschmälert.

§ 5.

Umwandlung.

I. Des gesetzlichen Reservefonds.

Die Umwandlung d. h. die Veränderung der Verwendungsart des gesetzlichen Reservefonds ist von vornherein insoweit ausgeschlossen, als er sich aus Beträgen des Agio und Zuzahlungen im Sinne der Z. 3 des § 262 des H.G.B. zusammensetzt: Denn diese Beträge sind zwingend in ihrer ganzen Höhe vom Gesetze dem Zwecke gewidmet Bilanzverluste zu decken. Durch das Statut dürfen sie diesem, ihrem gesetzlichen Zwecke nicht entzogen werden. Dies ist allgemein anerkannt. Streitig dagegen ist, ob ein gemäß § 262 Z. 1 des H.G.B. gebildeter Reservefonds, der das im Gesetz normierte Mindestmaß überschritten hat, auf dieses Mindestmaß reduziert, und der Überschuß zu anderen Zwecken verwendet werden darf oder nicht. Das Reichsgericht[110]) und die über-

[110]) Bd. 28 S. 46.

wiegende Mehrzahl der Schriftsteller[111]) haben sich im Anschluß an Neukamp[112]) im ersteren, Simon[113]) und Ring[114]) mit großer Entschiedenheit im letzteren Sinne ausgesprochen.[115]) Darüber ist man sich jedenfalls einig, daß das gesetzliche Mindestmaß nicht verändert werden darf.

Zwingend spricht der erste Satz des § 262 aus, daß der (gesetzliche) Reservefonds zur Deckung von Bilanzverlusten verwendet werden muß; die Frage ist also, ob die Beträge, um welche der Reservefonds über das Mindestmaß hinaus vermehrt ist, als zu diesem Zwecke zu verwendender Reservefonds anzusehen sind.

Die Argumentation derer, welche die „Umwandlung" für zulässig halten, geht im wesentlichen davon aus, daß die Überschußbeträge nicht auf gesetzlichem Gebot, sondern auf Statut oder Generalversammlungsbeschluß beruhen. Insoweit aber diese Beträge auf Statut oder Generalversammlungsbeschlüssen beruhen, können sie nach dem allgemeinen Grundsatze, daß dieselbe Rechtsquelle, welche einen Reservefonds anordnen, denselben auch wieder aufheben kann, einem anderen Zwecke zugeführt werden.[116])

Dieser Argumentation ist zuzugeben, daß grundsätzlich die Rechtsquelle, welche eine Anordnung trifft, dieselbe wieder aufheben kann. Obige Deduktion verkennt jedoch, daß jene Überschüsse nicht durch Statut oder Generalversammlungsbeschluß, sondern durch das Gesetz einem bestimmten Zwecke gewidmet sind; ebensowenig aber wie eine, vom Gesetze vorgeschriebene Bildung eines Reservefonds durch Statut oder Generalversammlungsbeschluß negiert werden dürfte, darf das Statut

[111]) Vgl. Behrend I S. 879, Staub Anm. 20 zu § 262 S. 809, Cosack S. 682, Puchelt-Förtsch Anm. 5 zu § 185b, Pinner zu § 262 S. 213.

[112]) S. 97ff.

[113]) S. 261ff.

[114]) S. 632. Vgl. noch übereinstimmend v. Völderndorff S. 701, 704, Hergenhahn S. 198ff., Petersen-Pechmann S. 405.

[115]) Vgl. über den status causae et controversiae Josef Geißmer bei Holdheim 1902 Nr. 1 S. 11.

[116]) Vgl. Staub S. 809 Anm. 21 z. § 262. — Man hat auf Grund dieses Gedankenganges geschlossen, daß den Aktionären im Konkurse der Gesellschaft diese Überschußbeträge gebühren. Vgl. Goldstein, D.J.Z. Jahrgang 1902 S. 528.

oder ein Generalversammlungsbeschluß eine gesetzliche Zweckbestimmung ändern.

Lautete der § 262 Abs. 1 Z. 1 folgendermaßen: „Zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes ist ein Reservefonds zu bilden.

In diesen ist einzustellen von dem jährlichen Reingewinne der zwanzigste Teil, solange, als der Reservefonds den zehnten Teil des Grundkapitals nicht überschreitet," so wäre damit die Höhe des zu bildenden Reservefonds, wie seine Zweckbestimmung durch das Gesetz obligatorisch festgesetzt, und kein Statut oder Generalversammlungsbeschluß könnte an dieser Bestimmung etwas ändern.

Hätte derselbe Paragraph dagegen folgende Fassung (vgl. dazu Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften § 7 Z. 4): „Das Statut muß bestimmen die Bildung eines Reservefonds, welcher zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes zu dienen hat, sowie die Art dieser Bildung, insbesondere den Teil des jährlichen Reingewinns, welcher in den Reservefonds einzustellen ist, und den Mindestbetrag des letzteren, bis zu dessen Erreichung die Einstellung zu erfolgen hat", so beruhte, ebenso wie im ersten Falle, sowohl die Zweckbestimmung als auch die Bildung dieses Reservefonds auf dem Gesetze, die Art der Bildung jedoch, wie auch die Höhe des Reservefonds wäre der Festsetzung durch Statut überlassen. Damit aber ist ausgesprochen, daß, welche Höhe und welche Art der Bildung das Statut auch vorsehen mag, dieser Reservefonds in seinem vollen Umfange zur Deckung von Bilanzverlusten verwendet werden muß. Wohl darf die Art der Bildung und die Höhe durch Statutenänderung mit der Wirkung pro futuro einem Wechsel unterworfen werden, die vorhandenen Beträge müssen jedoch zur Deckung von Bilanzverlusten verwendet werden; denn jede Umwandlung wäre ungesetzlich, weil jede Verminderung der einmal als gesetzlicher Reservefonds gebildeten Beträge einen Teil des Reservefonds seinem gesetzlichen Zwecke entziehen würde.

Nun heißt es im § 262 Ziff. 1 aber „Zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes ist ein Reservefonds zu bilden. In diesen ist einzustellen von dem jährlichen Reingewinn „mindestens" der zwanzigste Teil, solange als der Reservefonds den zehnten oder

den im Gesellschaftsvertrage bestimmten höheren Teil des Grundkapitals nicht überschreitet."

In Übereinstimmung mit der oben gegebenen ersten und zweiten Fassung beruht auch hier die Bildung, ebenso wie die Zweckbestimmung des Reservefonds auf dem Gesetz; im Gegensatz zur ersten jedoch ist die Höhe des Fonds nicht fest begrenzt, im Gegensatz zur zweiten aber ist die Höhe und die Art der Bildung nicht völlig in das Belieben der Anordnung des Statuts gestellt, sondern vielmehr ein Mindestmaß, nach unten hin eine Grenze, die nicht überschritten werden darf, gesetzlich normiert. Das Gesetz hat also die Art der Bildung und die Höhe des Reservefonds unter Einschränkung der Bewegungsfreiheit des Statuts zum Teil selbst geregelt. Die Bildung und die Zwecksbestimmung des gesamten Reservefonds beruht jedoch auch hier auf dem Gesetz. In Übereinstimmung mit der zweiten Fassung überläßt es also das Gesetz dem Statut, allerdings unter Festsetzung eines Mindestbetrages, Art der Bildung und Höhe des Reservefonds zu normieren, in beiden Fällen bestimmt es übereinstimmend die Verwendungsart. Es kann hieraus nur der Schluß gezogen werden, wie er auch für die zweite Fassung gezogen worden ist, daß auch dasjenige, was auf Grund der Anordnung des Statuts, nachdem es einmal von seiner gesetzlichen Bestimmung ergriffen, dem Reservefonds zugeführt worden ist, nur zu seinem gesetzlichen Zweck, d. h. zur Deckung von Bilanzverlusten verwendet werden darf. Eine Umwandlung des gesetzlichen Reservefonds, d. h. eine Aufhebung der gesetzlichen Zweckbestimmung durch statutarische Anordnung, ist demnach unzulässig. Unterstützt wird diese Auffassung durch folgende Erwägung: Nur aus dem Grunde ist im § 262 Ziff. 1 des H.G.B. ein Mindestbetrag vorgeschrieben, um es nicht ganz dem Belieben des Statuts oder eines statutenändernden Generalversammlungsbeschlusses zu überlassen, welche Höhe der gesetzliche Reservefonds haben soll. Das Gesetz ist von einer gewissen Ängstlichkeit erfüllt, daß, wenn es dem Statut volle Bewegungsfreiheit lassen würde, dieses mit nicht genügender Sorgfalt die Dotierung des gesetzlichen Reservefonds ordnen würde. „Es ist", wie Simon[117]) mit Recht bemerkt, „undenkbar, daß die Gesellschaft deswegen über einen Teil dieser Einlagen anderweitig verfügen kann, weil sie bezüglich

[117]) S. 263.

der Feststellung der Höhe der Einlagen in ihrer Verfügungsfreiheit beschränkt war."

II. Der statutarischen Reservefonds.

Die Umwandlung und Ausschüttung der statutarischen Reservefonds erfolgt je nachdem der Fonds auf statutarischer Anordnung oder auf einem infolge von Nichtanfechtung rechtskräftig gewordenen Generalversammlungsbeschluß beruht, wie bereits oben hervorgehoben, entweder durch Statutenänderung oder durch einfachen Generalversammlungsbeschluß.[118]) Ist die Bildung durch Vorstand oder Aufsichtsrat erfolgt, so kann eine Umwandlung oder Ausschüttung nicht etwa durch diese Organe vorgenommen werden: Vielmehr ist auch hier, da diese nur auf Grund statutarischer Ermächtigung oder eines statutarisch zulässigen Generalversammlungsbeschlusses handelten, zur Umwandlung oder Ausschüttung durch Vorstand oder Aufsichtsrat eine Statutenänderung erforderlich.

---

[118]) Übereinstimmend Staub Anm. 30 zu § 262 S. 812, Simon S. 238, Neukamp S. 113.

4.

Über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von **Dr. iur. Th. Olshausen** in Berlin.

Das Rechtsinstitut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hat die Wandlungen der verschiedenen Entwürfe und Beratungen des B.G.B. nicht miterlebt, sondern verdankt seine Aufnahme in das Gesetzbuch einem erst in letzter Stunde, nämlich in der Reichstagskommission, gestellten Antrage. Es ist daher begreiflich, daß zahlreiche Streitfragen sowohl auf dem materiellrechtlichen wie auf dem prozessualen[1]) Gebiete entstanden sind. Eine aber überragt alle anderen insofern, als sie das ganze Wesen, ja die eigenste innere Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in Frage stellt. Diese Kardinalfrage, die sich anläßlich der Interpretation des § 1586 B.G.B. erhoben hat, lautet: Wird mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft das rechtliche Band der Ehe aufgelöst oder nicht?[2])

Das B.G.B. handelt von diesem Rechtsinstitute nur in den Paragraphen 1575, 1576, 1586 und 1587. Mit der Wirkung der Auf-

---

[1]) In dieser Beziehung sei hier nur erinnert an die Fragen, ob, wenn der Kläger nur auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geklagt hat, der Beklagte auch noch in der Revisionsinstanz den Scheidungsantrag aus § 1575 Abs. 1 stellen kann, und wie der nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gestellte Antrag auf Scheidung prozeßrechtlich zu konstruieren ist. Hierüber Davidson, Buschs Z. Bd. 26 S. 79—89 und Brettner, ebenda, S. 548.

[2]) Literatur: Seckel, Die Aufhebung und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem B.G.B. Berlin 1900. Die Stellungnahme der einzelnen Kommentare und Lehrbücher siehe dort Anm. 22 u. 23. Gegen die Seckelschen Ausführungen: Matthiaß, Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und Scheidung, im Recht Bd. 7, S. 1—4.

hebung befaßt sich ausschließlich der § 1586. Die Grundregel ist hier im Satz 1 dahin gegeben, daß mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten, die Eingehung einer neuen Ehe jedoch ausgeschlossen ist. Seckel folgert hieraus (§ 1586 Satz 1, Halbsatz 1), daß auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe auflöse,[3]) weil die Hauptwirkung der Scheidung die Auflösung der Ehe (dem Bande nach) sei. § 1564 Satz 3: „Die Ehe ist auch dem Bande nach fast völlig geschieden; nicht das Band der Ehe besteht weiter, sondern nur ein Band.“ Seckel meint deshalb, mit der Rechtskraft des Aufhebungsurteils seien die früheren Ehegatten nicht mehr Ehegatten, sie seien „unverheiratet“.

Es soll hier versucht werden, aus der Interpretation und Stellung des § 1586 im Gesetzbuche, sowie aus der Entstehungsgeschichte der fraglichen Bestimmungen heraus den Nachweis zu erbringen, daß das Gesetz gerade das rechtliche Band der Ehe im Gegensatz zur Scheidung bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unangetastet lassen wollte.[4])

Es ist zuzugeben, daß der Wortlaut des § 1586 prima facie gegen die hier zu vertretende Auffassung spricht; denn die Auflösung der Ehe ist allerdings eine, ja sogar die hauptsächlichste Wirkung der Scheidung. Indessen möchte ich gerade aus dem Umstande, daß die Auflösung der Ehe die unumgänglich notwendige, unmittelbare Wirkung der Scheidung ist, entnehmen, daß man diese Wirkung bei „den Wirkungen der Scheidung“ im § 1586 überhaupt nicht im Auge gehabt hat. Steht diese Wirkung der Scheidung doch auch nicht unter den gesondert zusammengefaßten, spezifischen Wirkungen, §§ 1577—1585 B.G.B., sondern hat ihren Platz am Kopfe des von der Scheidung der Ehe handelnden Titels gefunden. Hier in diesem einleitenden § 1564 hat, nur um die Zeit des Inkrafttretens der Scheidung zu bestimmen, der Satz Aufnahme gefunden, „die Auflösung der Ehe tritt mit der Rechtskraft ein“. Daß die Scheidung die Auflösung der Ehe zur Folge hat, brauchte nicht besonders ausgesprochen zu werden, weil man Scheidung mit Auflösung der Ehe geradezu für identisch hielt.

[3]) Diesen Nachweis zu erbringen ist die Aufgabe der erwähnten Abhandlung, vgl. S. 4, 8 und 14.

[4]) Diese Auffassung ist zuerst mit Nachdruck im Kommentar von Staudinger-Engelmann zu § 1586 vertreten worden. Von den eingehenderen Kommentaren steht Planck, N. 2 zu § 1586 entschieden auf dem Seckelschen Standpunkt.

Auch die Stellung, welche der § 1586 im 7. Titel des 4. Buches des Gesetzes gefunden hat, dürfte für unsere Ansicht sprechen. Es hätten die nur von der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft handelnden Paragraphen zusammengefaßt dem Gesetzbuch einverleibt werden können. Dieses aber tat man nicht, sondern stellte die §§ 1575 und 1576 hinter die Scheidungsgründe und die das Erlöschen des Scheidungsrechts betreffenden Paragraphen. Dem § 1566a — jetzt 1586 — aber, der bestimmte, daß mit der Aufhebung die gleichen Wirkungen eintreten sollten, wie wenn die Ehe geschieden worden wäre, wurde ein Platz unmittelbar hinter den §§ 1577—1585, welche die Wirkungen der Scheidung regeln, angewiesen. Hierbei dachte man offenbar in erster Linie an die in den unmittelbar vorhergehenden Paragraphen bestimmten Wirkungen, nicht aber an die der Scheidung inhärente „Auflösungswirkung" des § 1564. Ferner spricht m. E. auch schon die Ausdrucksweise des Gesetzes „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" dafür, daß es sich nicht um eine „Aufhebung der Ehe" handelt.[5])

Schließlich darf auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gerade hier, wo es sich um eine spätere Einschiebung in den Text des bereits vorliegenden Gesetzentwurfs handelt, bei seiner Auslegung nicht übersehen werden.

Während bereits der Entwurf I beim Vorliegen von relativen Scheidungsgründen eine zeitweilige, in Erwartung einer Aussöhnung erfolgende Trennung der Ehegatten kannte, wurden in der zweiten Kommission mehrere Anträge gestellt, welche jedoch wesentliche Bestandteile der jetzigen Gesetzesparagraphen nicht enthielten. Der Gesetzestext entspricht vielmehr fast wörtlich einem erst in der Reichstagskommission gestellten Antrage. Von welcher Seite dieser Antrag gestellt wurde, wird in dem Berichte der Kommission nicht besonders hervorgehoben, wie überhaupt über seine Entstehungsgeschichte fast garnichts erhellt. Nur soviel ist zu ersehen, daß ein gleicher Antrag in demselben Sinne und in der nämlichen Form bereits ohne Erfolg von der Bayerischen Regierung im Bundesrat gestellt worden war. In der Reichstagskommission wurde von einigen Mitgliedern ein Entgegenkommen des-

[5]) So Staudinger-Engelmann 1a zu § 1586, dagegen hält Seckel es für einen methodischen Abweg im vorliegenden Fall aus dem Terminus die Norm zu entnehmen, weil das Gesetz selbst im § 1586 eine Normierung festgelegt habe. A. a. O. S. 10. Matthiaß a. a. O. S. 4.

halb zugesagt, weil durch diese Anträge dem Katholiken der Zwang genommen würde, gegen seine eigene Überzeugung, die eine Scheidung der Ehe vom Bande nicht zulasse, in Fällen einer unhaltbar gewordenen Ehe mit der Scheidungsklage vorzugehen. Von den Gegnern der Anträge wurde geltend gemacht, daß, wie das B.G.B. nur eine Art der Eheschließung kenne, es auch nur eine Art der Rückgängigmachung gebe und das sei die Scheidung.

Es wurde also über die Anträge eingehend verhandelt, Anhänger und Gegner derselben kamen zu Worte. Insbesondere ging man auch über die Bedeutung des § 1566a Abs. 1 nicht stillschweigend hinweg, überwies vielmehr Anregungen, die sich auf die Tragweite des Satzes bezogen, daß die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten sollten, der Redaktionskommission. Nach allem diesem kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, als der Antrag in der Kommission mit 15 gegen 6 Stimmen angenommen wurde, sämtliche Mitglieder sich dessen bewußt gewesen sind, daß sie hiermit eine Möglichkeit der Trennung der Ehegatten herbeiführten, bei der das Rechtsband der Ehe bestehen bliebe.[6]) In der zweiten Beratung des Gesetzentwurfes im Reichstag wurden die Paragraphen der Kommission ohne spezielle Verhandlung angenommen. In der dritten Beratung beantragte der Abgeordnete Dr. Vielhaben die Streichung der neuen Bestimmungen, und nachdem der Abgeordnete Enneccerus ohne auf eine sachliche Erörterung einzugehen, für die Beibehaltung gesprochen hatte, erfolgte die Annahme durch den Reichstag. Das Verhalten der Kommission berechtigt meines Erachtens den Ausspruch von Matthiaß,[7]) selten spreche die Entstehungsgeschichte so klar, wie hier. Wille und Absicht der Personen, welche bei der Gesetzgebung mitgewirkt haben, sind hiernach offenbar, auch steht der Wortlaut des Gesetzes mit der hier vertretenen Auffassung meines Erachtens nicht im Widerspruch.

Der Annahme Seckels, daß die Ehe durch die Aufhebung der

---

[6]) Von Interesse dürfte hier die Auslassung Spahns, des Vorsitzenden der Kommission, in seiner Schrift, Verwandtschaft und Vormundschaft S. 14 sein: ein nach aufgehobener ehelicher Gemeinschaft erzeugtes Kind ist der Gleichstellung der Aufhebung und der Scheidung ungeachtet ein eheliches Kind, weil die Aufhebung der Gemeinschaft nur als „bedingte Scheidung" gilt. — Er steht also auf dem Standpunkt, daß die Ehe fortbestehe.

[7]) Matthiaß, a. a. O. S. 4; vgl. dagegen Seckel a. a. O. S. 13.

ehelichen Gemeinschaft zwar aufgelöst werde, daß aber dennoch ein Band, ein rein negatives Rechtsband bestehe, ist bereits Matthiaß[5]) unter dem Hinweis auf die Unteilbarkeit des Rechtsverhältnisses der Ehe entgegengetreten. Um in dem Bilde zu bleiben, man kann nicht von mehreren Bändern sprechen in der Weise, daß die Wirkung des einen etwa die Verpflichtung zur häuslichen Gemeinschaft oder zur Leistung des debitum conjugale sei, während das andere die Eingehung der Ehe mit einem Dritten verhindere.

Die aus dem staatlichen Akt der Eheschließung hervorgehenden Wirkungen sind einheitliche, untrennbare. Ebenso wie eine Eheschließung unmöglich ist, die nur einzelne Rechtswirkungen oder diese nur unter bestimmten Bedingungen zur Folge haben soll, ebenso ist eine teilweise Aufhebung ausgeschlossen. Auch läßt sich das Verbot der Wiederverheiratung einzig und allein daraus erklären, daß die alte Ehe rechtlich noch besteht.[6]) Der Umstand aber, daß einzelne Folgeerscheinungen der Ehe, wie z. B. die häusliche Gemeinschaft, die Leistung der spezifisch ehelichen Pflichten trotz Weiterbestehens der Ehe fortfallen, ist m. E. einleuchtend von Matthiaß damit erklärt worden, daß das Rechtsverhältnis der Ehe sich in einem Zustande der Hemmung befindet. Diese äußerst merkwürdige Erscheinung, daß die aus der Ehe sich ergebenden Rechte und Pflichten zum Teile ruhen, zum Teile unberührt fortbestehen, läßt sich nur aus dem eigentümlichen, vertragsähnlichen Charakter der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erklären. Ist es doch eigentlich nicht die Autorität des Richters, welche einzelne, eheliche Verpflichtungen und Berechtigungen fortfallen, die Ehe aber trotzdem bestehen läßt, sondern der vor dem Richter stillschweigend geschlossene Vertrag der Ehegatten. Indem der beklagte Ehegatte dem auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gerichteten Antrage des anderen Ehegatten nicht den Scheidungsantrag entgegenstellt, erklärt er sich stillschweigend damit einverstanden, daß die Ehe von jetzt ab in der vom Gesetz normierten Weise fortbesteht. Sie bleiben Ehegatten, aber es fehlen die wesentlichsten Rechte und Pflichten. Darin, daß dieses eigenartige Rechtsverhältnis nur bei beiderseitigem Einverständnis entstehen und fortbestehen kann, liegt der einzige wesentliche Unterschied von dem ähnlichen Institut des kanonischen Rechts. Diese Auffassung des Rechts-

[5]) a. a. O. S. 3.

[6]) Hierauf legt m. R. besonderes Gewicht Leske, S. 821.

institutes ist m. E. gegenüber dem positiven Gesetz die einzig mögliche, die sich auch durch eine geschickte Interpretation kaum dürfte verdrängen lassen.[10]) Das Gesetz hat einmal einem Zustand des Fortbestehens der Ehe seine Sanktion erteilt, der in tatsächlicher Beziehung kaum noch eine Ehe ist; dieses mag man umsomehr bedauern, als mit dem § 1575 in das im übrigen interkonfessionelle Scheidungsrecht ein konfessioneller Gesichtspunkt getragen worden ist — wenn auch de facto das dort gewährte Recht nicht an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Konfession geknüpft ist.

Besteht hiernach die Ehe fort, so treten trotzdem zufolge positiver Gesetzesbestimmung die Wirkungen der Scheidung ein. Wenn auch das Gesetz nicht, wie z. B. das Sächs. B.G.B. im § 1767, ausdrücklich sagt, daß alle Wirkungen einer Scheidung der Ehe eintreten, so hat man dennoch nicht etwa eine Ausnahme zu Gunsten einzelner Wirkungen machen wollen. Diese Wirkung bald zuzulassen, bald aber auszuschließen, hierfür ist aus dem Gesetz kein Anhalt zu entnehmen, insbesondere auch nicht dafür, daß eine Unterscheidung zwischen vermögensrechtlichen und rein persönlich-familienrechtlichen Wirkungen hätte gemacht werden sollen. Hat man, wie oben ausgeführt, auch in erster Linie an die in den §§ 1577—1585 bestimmten Wirkungen gedacht,[11]) so wäre es doch unrichtig, wollte man um deswillen alle an anderen Gesetzesstellen berührten Wirkungen für ausgeschlossen erklären. Auch wäre es m. E. falsch, bloß nach dem vom B.G.B. gebrauchten Worte zu unterscheiden und dort, wo das Gesetz von den Wirkungen der aufgelösten Ehe spricht, diese Wirkungen bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft deshalb nicht eintreten lassen zu wollen, weil die Ehe noch fortbesteht. Das Gesetz hat vielmehr zufolge einer Fiktion überall die Wirkungen eintreten lassen, wie wenn die Ehe geschieden wäre.[12])

---

[10]) Für die Seckelschen Deduktionen hat sich Binding, Lehrbuch d. Strafrechts, S. 220 erklärt, dagegen neuerdings Friedberg, Kirchenrecht 1903 S. 476 ff.

[11]) Darüber, daß diese spezifischen Scheidungswirkungen eintreten, herrscht Einigkeit. Vereinzelt steht Süßheim, der — ohne gesetzliche Grundlage — offenbar auch das Eintreten dieser Wirkungen erst zulassen will, wenn die endgültige Scheidung vollzogen; so wenigstens hinsichtlich des § 1577 bei Gruchot Bd. 43, S. 582.

[12]) Es ist ein besonderes Verdienst der Seckelschen Abhandlung, nachgewiesen zu haben, daß es falsch ist, zwischen Scheidungs- und Aufhebungs-

Wir haben daher stets nur zu prüfen, wie weit geht die Wirkung der Scheidung, und dieses Ergebnis dann auf das Rechtsverhältnis der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu übertragen. Deshalb halte ich es z. B. auf Grund des § 1586 trotz des Fortbestehens der Ehe für richtig, anzunehmen, daß der Ehegatte, dessen eheliche Gemeinschaft aufgehoben worden ist, kein Intestaterbrecht und keinen Pflichtteilsanspruch hat. Aber auch auf dem Gebiete des Familienrechts liegt es nicht anders, z. B. erhält die Mutter nach aufgehobener ehelicher Gemeinschaft gemäß § 1684 Abs. 1 Nr. 2 die elterliche Gewalt, wenn der Vater diese verwirkt hat, — trotzdem die Ehe nicht aufgelöst ist.[13]) In gleicher Weise ist bei der Anwendung der §§ 1591 ff. über die eheliche Abstammung zu verfahren. Ein nach aufgehobener ehelicher Gemeinschaft empfangenes Kind ist nicht ehelich, trotzdem die Ehefrau es während der Ehe empfangen hat. Der S. 1 des Abs. 1 § 1591 kann eine Anwendung nicht erleiden, weil das Gesetz die Folgen der Scheidung eintreten läßt. Es kommt deshalb analog wie bei der Scheidung § 1593 in Betracht. Ist daher das Kind noch innerhalb 302 Tagen nach der Aufhebung geboren, so ist die Geltendmachung der Unehelichkeit in erster Linie von dem Willen des Ehemanns abhängig, ist es nach Ablauf dieses Zeitraums geboren, so kann die Unehelichkeit von jedermann nach den allgemeinen Grundsätzen geltend gemacht werden. Die übrigen[14]) Anhänger der Theorie von dem Fortbestehen der Ehe gelangen jedoch übereinstimmend zur Anwendung des § 1591 Abs. 1 S. 1 und lassen die Beiwohnungsvermutung auch zu Gunsten eines Kindes gelten, dessen Empfängniszeit erst nach der rechtskräftig erfolgten Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft beginnt. Bei dieser Auffassung wäre der Ehemann, welcher das von seiner Ehefrau nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geborene Kind nicht als das seinige gelten lassen will, stets gezwungen, die Anfechtungsklage zu erheben und die Präsumption der Beiwohnung zu widerlegen. Die Aufstellung der Beiwohnungsvermutung auch bei aufgehobener Gemeinschaft steht aber m. E. — natürlich abgesehen von den Fällen, in denen die

---

wirkungen einen Unterschied zu machen. A. a. O. S. 16 gegen **Staudinger-Engelmann.**

[13]) A. M. **Habicht**, Anm. 1 S. 435.

[14]) **Staudinger-Engelmann** Nr. 2a zu § 1591, **Spahn** a. a. O. S. 14, **Leske** S. 834, **Erler**, Ehescheidungsrecht S. 83 Nr. 10.

Gemeinschaft zwischen den Ehegatten später wieder hergestellt ist — in krassestem Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen und zu dem Gesetz selbst. Nach § 1353 sind die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. Es ergibt sich aus dem sittlichen Wesen der Ehe des weiteren, ohne daß das Gesetz es besonders hervorzuheben brauchte,[15]) auch die Verpflichtung zur geschlechtlichen Gemeinschaft. Aus diesem Gesichtspunkt heraus war das Gesetz berechtigt, zugleich um Schwierigkeiten der Beweiserhebung über die erfolgte Beiwohnung vorzubeugen, die Vermutung der erfolgten Beiwohnung aufzustellen. Ganz anders liegt es nach aufgehobener ehelicher Gemeinschaft. Hier sind beide Ehegatten, auch derjenige, welcher einen Scheidungsgrund nicht hatte, auf Grund des Aufhebungsurteils berechtigt, die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, wie auch die Leistung der ehelichen Pflicht dem anderen Teile zu verweigern. Angesichts dieses Tatbestandes dürfte es widersinnig sein, wollte das Gesetz trotzdem die Vermutung auch nach der Aufhebung noch weiter gelten lassen. Auch sehe ich keinen Grund ein, warum die Anwendung der Fiktion des § 1586 hier eine Ausnahme erleiden soll, sobald man sich wenigstens davon überzeugt hat, daß die Unterscheidung von Scheidungs- und Auflösungswirkungen unhaltbar ist.

Somit gelange ich für das B.G.B. praktisch trotz entgegengesetzter Grundauffassung zu demselben Ergebnis wie Seckel und die Anhänger der Theorie der vollständigen Auflösung der Ehe, da ich das Eintreten aller an die Auflösung der Ehe sich knüpfenden Rechtsfolgen annehme. Trotzdem aber dürften diese Feststellungen nicht nur von theoretischem Interesse sein, indem sich ihre praktische Bedeutung zeigt, sobald wir das Gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuches verlassen. Daß die neben dem B.G.B. bestehenden Reichsgesetze, insbesondere die öffentliches Recht enthaltenden, zunächst aus sich selbst auszulegen sind, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Knüpfen daher diese Gesetze an Begriffe wie „Ehegatte" oder „Scheidung" rechtliche Folgen an, so ist zuerst zu prüfen, ob sie hierdurch einen Begriff mit selbständigem Inhalt einführen wollen oder nicht. Gelangt man zu der Verneinung dieser Frage, so ist Sinn und Bedeutung dieser Begriffe

---

[15]) Dagegen bestimmte z. B. das A.L.R. § 178 II 1 noch ausdrücklich, „Eheleute dürfen einander die eheliche Pflicht anhaltend nicht versagen".

dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu entnehmen.[16]) Für viele Gesetze wird sogar die Vermutung einer solchen Absicht des Gesetzgebers aufgestellt werden können, so z. B. für das Strafgesetzbuch, welches überall, wo es von „Ehegatten“, „Ehemann“ und „Ehefrau“ spricht, entsprechend dem B.G.B., darunter Personen versteht, die in einer formell bestehenden Ehe leben.[17]) Da nach der hier vertretenen Auffassung das Band der Ehe nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft fortbesteht, so dauert auch das Angehörigenverhältnis fort und es steht deshalb m. E. das Antragsrecht des § 189 St.G.B. auch nach der Aufhebung dem Ehegatten des Verstorbenen weiter zu, wie ein solcher Ehegatte auch des persönlichen Strafausschließungsgrundes der §§ 247 Abs. 2 und 370 Abs. 1 Nr. 5 St.G.B. nicht verlustig geht.[18]) Diese Konsequenz ergibt sich notwendig aus unserer Auffassung, da die Fiktion des § 1586 B.G.B. hier ihre Kraft nicht ausüben kann. Aus der Stellung des § 1586 als einer Einzelbestimmung innerhalb des vom B.G.B. geregelten Eherechts ist zu folgern, daß er sich nur auf Rechtsverhältnisse bezieht, die im B.G.B. geregelt sind, daß das B.G.B. selbst die Grenzen seines Geltungsgebietes bildet. Welche Rechte daher der in aufgehobener ehelicher Gemeinschaft Lebende in Ansehung der durch das öffentliche Recht des Reichs oder der Bundesstaaten normierten Rechtsverhältnisse hat, ist allein nach den für das betreffende Rechtsverhältnis maßgebenden Gesetzen zu beurteilen. Des weiteren ist aus § 1586 zu entnehmen, daß unter den „Wirkungen der Scheidung“ nur die durch B.G.B. selbst angeordneten zu verstehen sind.[19]) Da z. B. die Wirkung der Scheidung auf die Staatsangehörigkeit nicht durch das B.G.B. bestimmt wird, so regelt sich der Einfluß der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auf diese lediglich nach dem Gesetz über den Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870.[20])

---

[16]) Vgl. Motive z. E.G. z. B.G.B. S. 69.

[17]) Olshausen, N. 22 zu § 52 St.G.B.

[18]) A. M. von seiner Grundauffassung aus Seckel a. a. O. S. 25/26.

[19]) Sartorius, Einfluß des Familienstandes S. 30; dagegen Seckel a. a. O. S. 14 Anm. 41.

[20]) Hier vermißt daher Sartorius a. a. O. m. R. einen Vorbehalt hinsichtlich der Aufh. der ehel. G. Trotz dieser Lücke aber kommt er zu dem Ergebnis, daß die Aufhebung dieselbe staatsrechtliche Wirkung habe, wie die

Diese Auffassung führt zu dem Ergebnis, daß Eheleute, die in aufgehobener Gemeinschaft leben, nach dem B.G.B. in wichtigen Beziehungen nicht mehr als Eheleute gelten, während andere Gesetze diese Eigenschaft unberührt fortdauern lassen und ihre rechtlichen Folgen daran knüpfen können. Immerhin steht diese Erscheinung auf dem Gebiete des Familienrechts nicht vereinzelt da. Ein Analogon findet sich bei der Annahme an Kindesstatt. Obwohl angenommene Kinder keine ehelichen Kinder sind, gibt das B.G.B. ihnen im § 1757 die rechtliche Stellung ehelicher. Andere Gesetze aber, die aus öffentlich-rechtlichen Gründen eine Fürsorge für eheliche Kinder vorsehen (z. B. § 69 des Reichsbeamtengesetzes), haben vor dem B.G.B. solche Kinder nicht als eheliche behandelt. Hierin aber ist eine Änderung auch durch das B.G.B. nicht eingetreten, da dieses nicht die Absicht haben konnte, seine Rechtsbegriffe früheren Reichsgesetzen allgemein aufzuzwingen.[21]) Im Sinne dieser Gesetze gelten angenommene Kinder daher auch jetzt nicht als eheliche.

Diese Feststellungen haben auf dem Gebiete des Strafrechts besondere Bedeutung für die Frage, ob unter Scheidung im Sinne des § 172 St.G.B. auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu verstehen ist, mit anderen Worten, ob der Ehebruch auch dann bestraft werden kann, wenn wegen desselben nicht geschieden, wohl aber die eheliche Gemeinschaft aufgehoben worden ist.[22]) Nach dem eben Ausgeführten muß § 1586 B.G.B. m. E. hierfür außer Betracht bleiben. Das St.G.B. ist aus sich selbst heraus auszulegen. „Scheidung" im Sinne des St.G.B. aber ist eine Auflösung der Ehe.[23]) Eine bloße Trennung, wie die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, der das

---

Scheidung, weil die Familiengewalt des Mannes, auf der auch die gesetzliche Erstreckung des Indigenatwechsels auf die Familienmitglieder beruhe, mit der Lebensgemeinschaft wegfalle, a. a. O. S. 31 ff.

[21]) Vgl. Protokolle z. B.G.B. Bd. VI S. 562.

[22]) Seckel a. a. O. 25 Anm. 90 meint freilich: Bestrafung sei in diesem Fall unbestritten möglich, auch Davidson, Ehescheidung, ist für Strafbarkeit.

[23]) Übrigens auch im Sinne des § 1312 BG.B. vermag das Aufhebungsurteil das Scheidungsurteil nicht zu ersetzen. Deshalb ist, wenn nur auf Aufhebung erkannt worden ist, die Eheschließung nach dem Tode des unschuldigen Ehegatten zulässig, da das Ehehindernis des § 1312 nicht als eine „Wirkung der Scheidung" angesprochen werden kann. Vgl. Sartorius, Kom. z. Personenstandsgesetz S. 259.

Charakteristische der Scheidung, nämlich die Lösung des Ehebandes, fehlt, kann demnach nicht genügen.[24]) Stillschweigend konnte aber auch das B.G.B. das Strafrecht in dieser Beziehung nicht abändern.[25]) Hätte man den Ehebruch auch dann unter Strafe stellen wollen, wenn bloß die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist, so hätte eine diesbezügliche Änderung des § 172 St.G.B. vorgenommen werden müssen. Eine solche erscheint übrigens auch bei dem hier vertretenen Standpunkt nicht erforderlich, da in den Fällen, in denen auf beiderseitigen Wunsch nur eine Aufhebung wegen Ehebruchs stattgefunden hat, der unschuldige Teil eine Bestrafung des Schuldigen nicht wünschen wird, andererseits er aber bei Sinnesänderung jederzeit die Scheidung und hiermit auch die Möglichkeit der Bestrafung des anderen Teiles herbeiführen kann. Die Fälle aber, in denen jemand sich auch dann noch durch religiöse Bedenken zurückhalten lassen wird, den Scheidungsantrag zu stellen, werden zu selten sein, um eine Änderung des Gesetzes zu erheischen.[26])

Eine andere Frage ist die, ob nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft seitens eines der beiden Ehegatten Ehebruch begangen werden kann. Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Frage zu bejahen, ja es erscheint auch die Bestrafung eines solchen Ehebruchs nach § 172 nicht ausgeschlossen. Allerdings kann die Ehe wegen eines in dieser Zeit begangenen Ehebruchs nur dann geschieden werden, wenn inzwischen eine Wiederholung der ehelichen Gemeinschaft stattgefunden hat. Auch muß als weitere Voraussetzung angenommen werden, daß

---

[24]) A. M. allerdings die St.G.B.-Kommentare: Olshausen, N. 7 zu § 172; Frank, N. III zu § 172 und Binding, Lehrbuch S. 222.

[25]) Friedberg a. a. O. S. 477, Anm. 51.

[26]) Im Jahre 1900 erging in Preußen ein einziges auf Aufhebung der ehel. G. lautendes Urteil. Anhängig wurden 19 Klagen gerichtet auf Aufhebung. Im Jahre 1901 wurden neu anhängig: 27. — 8 waren anhängig aus 1900. — Hiervon ergingen 13 Urteile auf Aufhebung. — Aus den statistischen Berichten des Bayrischen und Württembergischen Ministeriums ist nichts zu entnehmen, da diese die Aufhebung nicht besonders aufgenommen haben, aber auch nicht erkennen lassen, ob die Fälle unter den Scheidungsklagen mitgerechnet sind. — Die Zahlen der Bestrafungen wegen Ehebruchs sind ebenfalls außerordentlich niedrig und wenig veränderlich. Es wurden von deutschen Gerichten verurteilt: 1895: 212; 1896: 220; 1897: 252; 1898: 216; 1899: 258 Personen.

bei der Wiederherstellung der betrogene Ehegatte von dem Ehebruch des anderen nichts gewußt hat, da für gewöhnlich mit der in der Wiederherstellung liegenden Verzeihung das Scheidungsrecht erloschen sein wird.[27]) Es könnte ungerecht erscheinen, daß der Ehebruch bei einer Ehe, die in tatsächlicher Beziehung eine Ehe eigentlich nicht mehr ist, da sie dem Ehegatten die spezifisch ehelichen Rechte nicht mehr gewährt und ihn dennoch zu ehelicher Treue verpflichtet, ebenso bestraft werden soll, wie bei einer normalen Ehe. Derartigen Bedenken wäre dann unter der Voraussetzung, daß die Annahme der Möglichkeit eines Ehebruchs zur herrschenden Meinung werden sollte, bei der bevorstehenden Neuredaktion des St.G.B. Rechnung zu tragen. Man könnte den Ehebruch nach aufgehobener gleicher Gemeinschaft entweder mit einer milderen[28]) Strafe belegen oder überhaupt für straflos erklären, indem man dem anderen Ehegatten das Antragsrecht entzöge.[29]) Bei dieser Sachlage würde der getrennt Lebende ebenso wie ein Unverehelichter stehen, er könnte nur als Mitschuldiger eines doppelten Ehebruches zur Verantwortung gezogen werden. Diese Regelung würde sich jedoch nur dann empfehlen, falls das neue St.G.B. eine hinsichtlich des Strafmaßes verschiedene Behandlung des einfachen und des doppelten Ehebruchs einführen würde. Berücksichtigt man aber, daß die oben aufgeführten Voraussetzungen der Strafbarkeit des Ehebruchs nach aufgehobener Gemeinschaft nur sehr selten gegeben

[27]) Seckel leugnet sowohl die Möglichkeit der Entstehung von Scheidungsgründen in der Zeit zwischen der Aufhebung und Wiederherstellung d. ehel. G., wie auch die einer Bestrafung; a. a. O. S. 15, Anm 45a S. 25.

Für die Möglichkeit des Ehebruchs Olshausen, N. 2 Abs. 3 und N. 8 Abs. 4 zu § 172 St.G.B. Dagegen Frank, N. I zu § 172 St.G.B., Binding, Lehrb. S. 220, Davidson, Recht der Entscheidung S. 176, „weil die Verpflichtung zur ehelichen Treue ihr Ende erreicht habe." Wie hier neuerdings Friedberg S. 477 Anm. 52.

[28]) So bestimmte z. B. § 14 des Sächs. G., betr. die Bestrafung der fleischlichen Vergehungen vom 8. Februar 1834, ebenso wie auch Art. 213 des späteren Sächs. Kriminalgesetzbuches vom 30. März 1838, daß wenn sich ein Ehegatte, der von Tisch und Bett geschieden war, des Ehebruchs schuldig machte, die verwirkte Strafe auf die Hälfte herabzusetzen sei (in gleicher Weise Art. 261 Abs. 2 des revidierten St.G.B. vom 1. Okt. 1868).

[29]) Diesen Weg schlug das revid. St.G.B. von 1868 im Art. 263 ein; das Gesetz bestrafte übrigens den einfachen und doppelten Ehebruch verschieden.

sein werden, so erscheint eine besondere gesetzliche Regelung kaum erforderlich.

Bisher hat die Praxis allerdings noch nicht Gelegenheit gehabt, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen, trotzdem erschien mir ihre Erörterung am Platze, da jetzt noch nicht abgesehen werden kann, ob die Aufhebung der eh. G. sich im Verlaufe der Jahre nicht mehr als bisher einbürgern und damit eine größere praktische Bedeutung gewinnen wird.

5.

Der Eintritt der zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person in die Stellung als Nacherbe.

Von Justizrat **Dr. Martinius** in Erfurt.

Betrachten wir zunächst den Fall des Eintritts der ausdrücklich als Nacherbe berufenen, zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person und sodann den des Eintritts der als Erbe berufenen, gesetzlicher Vorschrift gemäß aber als Nacherbe zu behandelnden, zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person (§ 2108 Abs. 1 — § 2106 Abs. 2 Satz 1 B.G.B.).

I. § 2108 Abs. 1 B.G.B. lautet:

„Die Vorschriften des § 1923 finden auf die Nacherbfolge entsprechende Anwendung."

In § 1923 heißt es:

„Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt.

Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren."

Entsprechende Anwendung des § 1923 auf die Nacherbfolge ergibt folgende Sätze:

„Nacherbe kann nur werden, wer zur Zeit des Eintritts des Falles der Nacherbfolge lebt.

Wer zur Zeit des Eintritts des Falles der Nacherbfolge noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge geboren."

Der Fall der Nacherbfolge tritt mit dem vom Erblasser dafür bestimmten Zeitpunkte oder Ereignisse ein. Der als Nacherbe Berufene

muß alsdann wenigstens **erzeugt**, wennschon noch nicht geboren sein. Der bereits vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge Geborene erlangt die Nacherbenstellung erst mit Eintritt des Falles der Nacherbfolge, die Erbschaft fällt ihm, wie das B.G.B. sich ausdrückt, mit Eintritt des Falles der Nacherbfolge an (§§ 2139, 2106 Abs. 1). Der zur Zeit des Eintritts des Falles der Nacherbfolge erst Erzeugte, später Geborene steht natürlich nicht günstiger. Wird er geboren, so gilt er bereits **vom Eintritt des Falles der Nacherbfolge ab als Nacherbe, keineswegs aber vom Moment seiner Erzeugung ab.**

Theoretisch kann der Eintritt des Falles der Nacherbfolge und der Erzeugung des Nacherben freilich zusammenfallen. Praktisch dürfte indessen der Fall nicht vorkommen. Kommt er vor, so gehört er in eine Raritätensammlung.

Die Stellung der Nacherben in der Zwischenzeit zwischen Geburt und Eintritt des Falles der Nacherbfolge ist für uns hier ohne Interesse.

Sind 30 Jahre seit dem Erbfalle (Tod des Erblassers, § 1922 Abs. 1) verflossen, ohne daß der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist, so wird prinzipiell die Einsetzung des Nacherben unwirksam (§ 2109 Satz 1). Damit **verliert** der inzwischen geborene Nacherbe das ihm mit der Geburt bereits erwachsene Recht aus betagter Nacherbeinsetzung, welches bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge zum Nacherbrecht sich ausgewachsen hätte, nicht minder, wie die bedingte Anwartschaft aus aufschiebend bedingter Nacherbeinsetzung. Ebenso die infolge frühzeitigen Ablebens des zum Nacherben Berufenen an dessen Stelle getretenen Erben desselben. Die bedingte Anwartschaft aus aufschiebend bedingter Nacherbeinsetzung ging beiläufig nur auf sie über, wenn Erblasser irgendwie zu erkennen gab, daß er nicht als Nebenbedingung neben der Hauptbedingung „das Erleben" des Eintritts dieser Hauptbedingung durch den zum Nacherben Berufenen wollte. (§§ 2108 Abs. 2 Satz 2, 2074.)

Wenn der Fall der Nacherbfolge kurz nach Ablauf der 30 Jahre eintritt, so ist es gleichgültig, ob der Nacherbe schon **vor** Ablauf der 30 Jahre erzeugt war oder nicht. Es ist ja sogar belanglos, daß er bereits vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge geboren war. Strohal, der das Gegenteil annimmt (deutsches Erbrecht 2. Aufl. S. 101), irrt also. Genug, daß der Fall der Nacherbfolge bei Ab-

lauf der 30 Jahre noch nicht eingetreten war. Denn hierauf kommt es in erster Linie an.

Der eine der beiden durch § 2109 Satz 2 Ziff. 1 geordneten, praktisch äußerst wichtigen Ausnahmefälle kann für uns keine Gestalt gewinnen. Die Einsetzung eines Nacherben bleibt auch nach Ablauf der 30 Jahre wirksam, wenn die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt und der Nacherbe zur Zeit des Erbfalls lebt. Nach unserer Voraussetzung haben wir es mit einem zur Zeit des Erbfalls noch nicht einmal erzeugten Nacherben zu tun.

Dahingegen kann der andere der beiden in § 2109 Satz 2 Ziff. 1 geordneten Ausnahmefälle und damit also die Verlängerung der 30jährigen Frist für uns recht wohl in Betracht kommen, wenn die Nacherbfolge nämlich für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Vorerben ein bestimmtes Ereignis eintritt und der Vorerbe zur Zeit des Erbfalls lebt. In diesem Falle genügt es, daß der Nacherbe zur Zeit des Eintritts des Falles der Nacherbfolge (z. B. beim Tode des Vorerben, der nach mehr denn 30 Jahren seit dem Tode des Erblassers erfolgt) bereits erzeugt ist.

Die Fälle, auf welche Ziff. 2 des § 2109 Satz 2 berechnet ist, vermögen nicht zu interessieren, weil sie voraussetzen, daß die Nacherbfolge ausdrücklich an die Geburt eines Bruders oder einer Schwester des Vorerben oder eines Nacherben geknüpft ist. Da ist denn die Erzeugung jener sebstredend belanglos.

Ein paar Bemerkungen zu § 2109 seien uns noch gestattet, da wir einmal den Paragraphen ziemlich eingehend zu berücksichtigen Anlaß hatten. Man scheint mehrfach (vgl. den Planckschen Kommentar zu § 2109 z. B.) der Annahme geneigt, es genüge zur Anwendung von Satz 2 Ziff. 1, wenn der Vorerbe zur Zeit des Todes des Erblassers erzeugt war. Das ist unrichtig. Denn § 1923 ist nicht verwertbar. Ein etwaiger Hinweis auf die §§ 2178, 2162 Abs. 2, welche Vermächtnisse wirksam bleiben lassen, wenn der Bedachte innerhalb der für jene gleichfalls eingeführten Frist von 30 Jahren seit dem Tode des Erblassers erzeugt wurde, kann daran nichts ändern. Umsoweniger, als § 2163 Ziff. 1 auch bei Verlängerung der 30jährigen Frist, wenn das Vermächtnis für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Beschwerten oder des Bedachten ein bestimmtes Ereignis

eintritt und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt, nur auf das Leben, nicht die Erzeugung des Beschwerten oder des Bedachten zu sehen gebietet.

Obschon die II. Kommission ursprünglich bei Beratung des B.G.B. die Erzeugung des ersten Vorerben, von dem damals die Rede war, und die Erzeugung des Nacherben ins Auge faßte und den jetzigen § 2109 demgemäß gestaltete, so ist sie doch davon abgekommen und hat, indem sie gleichzeitig „Vorerben" statt „ersten Vorerben" setzte, um auch den zweiten usw. Vorerben mitzuerfassen, das Leben des Vorerben oder des Nacherben zur Zeit des Todes des Erblassers als das Korrektiv angesehen, welches die Ausnutzung des Instituts der Nacherbfolge zu Zwecken, denen die Familienfideikommisse zu dienen bestimmt sind, verhüten sollte (vgl. Prot. der II. Komm. Bd. 5 S. 83 ff., 237 ff.). Es mag sein, daß man sich dabei nicht zum Bewußtsein brachte, es werde der positiven Bestimmung der Ziff. 1 des § 2109 Satz 2 gegenüber nunmehr das Prinzip des § 1923 nicht in Betracht kommen können. Wir haben aber jetzt mit dem Gesetzbuch selbst zu rechnen.

Daß in Ziff. 2 des § 2109 Satz 2 die Worte „einem Nacherben" stehen geblieben sind, nachdem in Ziff. 1 „des Nacherben" gesetzt worden, darf bedauert werden. Denn jetzt entsteht für denjenigen, der sich an den Gesetzestext hält, die Versuchung, die Worte in der Person des Vorerben in Ziff. 1 auf den ersten Vorerben zu beschränken, weil in Ziff. 2 der erste Nacherbe, der im Verhältnisse zum zweiten Nacherben zugleich der zweite Vorerbe ist, als Nacherbe angesprochen wird.

Hat der Erblasser einen Vorerben eingesetzt und eine zur Zeit seines Todes noch nicht erzeugte Person zum Nacherben berufen, ohne den Zeitpunkt oder das Ereignis zu bestimmen, mit dem die Nacherbfolge eintreten soll, so greift der § 2106 Abs. 1 ein. Der Fall der Nacherbfolge ist mit dem Tode des Vorerben gegeben. Es genügt, daß in diesem Zeitpunkte der Nacherbe erzeugt, wenn auch noch nicht geboren ist. Das ist einfach und klar. Wie steht es aber mit der Nacherbfolge des nasciturus, wenn der Vorerbe erst nach 30 Jahren vom Tode des Erblassers an gerechnet stirbt? Die Nacherbfolge ist nicht für den Fall angeordnet, daß in der Person des Vorerben ein bestimmtes Ereignis (sein Tod) eintritt (§ 2109 Satz 2

Ziff. 1). Der Erblasser hat ja gar nichts in dieser Richtung bestimmt. Man wird wohl annehmen dürfen, daß die Sache so anzusehen ist, als habe Erblasser die Nacherbfolge für den Fall des Todes des Vorerben stillschweigend (mit Rücksicht gerade auf § 2106 Abs. 1) angeordnet. Doch wird man Erblassern empfehlen müssen, ausdrücklich das Einrücken des Nacherben auf den Tod des Vorerben abzustellen. § 2106 Abs. 2 Satz 1 hat, wie der erste Blick lehrt, auf unseren Fall keinen Bezug.

II. § 2106 Abs. 2 Satz 1 knüpft an § 2101 Abs. 1 Satz 1 an. Dort heißt es:

„Ist eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie als Nacherbe eingesetzt ist".

§ 2106 Abs. 2 Satz 1 selbst sagt:

„Ist die Einsetzung einer noch nicht erzeugten Person als Erbe nach § 2101 Abs. 1 als Nacherbeinsetzung anzusehen, so fällt die Erbschaft dem Nacherben mit dessen Geburt an."

Die Bedingung der Anwendung der Vorschrift ist klar und ebenso der Eintritt des Nacherben in die Erbenstellung klar geordnet. Die vorherige Erzeugung des als Nacherbe zu behandelnden Erben spielt keine Rolle. Mit seiner Geburt erst ist der Fall der Nacherbfolge gegeben. Die gesetzlichen Erben des Erblassers, welche gemäß § 2105 zunächst als Vorerben bis zur Geburt des als Nacherbe zu behandelnden Erben einzutreten haben, sind also keineswegs verpflichtet, die Früchte des Nachlasses, die sie seit Erzeugung des letzteren bis zu seiner Geburt zogen, mit der Erbschaft bei der Geburt an denselben herauszugeben. Wenn es allein auf den Willen des Erblassers ankäme, dann würden freilich die Früchte des Nachlasses schon von dessen Tode ab für den gesetzlich als Nacherbe zu behandelnden Erben aufgespart, und dieser hätte mindestens von der Erzeugung ab ein Erbrecht. Mit Recht wird aber der Wille des Erblassers durch das Interesse der Allgemeinheit hier zurückgedrängt. Die Erbschaft muß einen Träger haben, eine hereditas jacens ist nicht erwünscht, und für den Eintritt des berufenen Erben als Nacherbe bedarf man eines festen Zeitpunktes. Dazu durfte der unsichere Zeitpunkt der Erzeugung nicht gewählt werden. Es ist schon unerquicklich genug, wenn gelegentlich prozessualisch erörtert werden

muß, ob der als solcher eingesetzte Nacherbe bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge (§ 2108 Abs. 1, § 2109 Satz 1 und Satz 2 Ziff. 1) schon erzeugt war, damit sein Nacherbrecht überhaupt oder die Unwirksamkeit seiner Einsetzung nicht angenommen werde. Die Herausgabe der Erbschaft an den Nacherben seitens des Vorerben ist aber nie mit dem unsicheren Zeitpunkte der Erzeugung des Nacherben, sondern mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge verknüpft.

Daß an Stelle der zunächst als Vorerben berufenen gesetzlichen Erben des Erblassers deren Erben nötigenfalls einzutreten haben, wenn bei ihrem Ableben die als Erbe eingesetzte, zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht erzeugte und als Nacherbe zu behandelnde Person noch nicht geboren ist, sei nur beiläufig erwähnt. Das B.G.B. bringt keine Vorschrift, wonach etwa als Vorerben diejenigen Personen einzutreten hätten, welche gesetzliche Erben des Erblassers wären, wenn er die zunächst als Vorerben berufenen Personen überlebt hätte. Geeignetenfalls hat also auch der Testamentserbe des als Vorerbe berufenen gesetzlichen Erben die Vorerbenstellung einzunehmen (vgl. Strohal a. a. O.).

Nach § 2109 wird „die Einsetzung eines Nacherben“ mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Man wird wohl auch unsere als Nacherbeinsetzung anzusehende Erbeinsetzung unter die Herrschaft des § 2109 zu stellen haben. Täte man es nicht, so hätte es der Erblasser in der Hand, nach Belieben durch Berufung eines noch nicht erzeugten Erben aus einer Generation der entfernten Zukunft familienfideikommißartige Wirkungen hervorzurufen, schnurstracks dem Willen des Gesetzgebers entgegen. Geburt und Fall der Nacherbfolge aber fallen stets zusammen, wenn es sich um einen Anwendungsfall des § 2106 Abs. 2 Satz 1 handelt. Die Erzeugung innerhalb der 30 Jahre ist hier also unter allen Umständen ohne Bedeutung.

Ziffer 1 des § 2109 Satz 2 kann für Fälle des § 2106 Abs. 2 Satz 1 überhaupt nicht praktisch werden; Ziffer 2 daselbst aber u. E. recht wohl, wenn der Erblasser nämlich sämtliche noch nicht erzeugten Kinder derselben Person als Erben berief. Das innerhalb der 30jährigen Frist geborene Kind wird Nacherbe. Später geborene Geschwister rücken als weitere Nacherben ein. Das zweitgeborene erhält mit der Geburt die Hälfte, das drittgeborene ein Drittel der Erbschaft usw. Früher

geborene Geschwister haben in der Weise beizutragen, daß die lebenden Geschwister stets als gleichgestellt erscheinen. Die Erzeugung der nachgeborenen Geschwister aber spielt auch hier keine Rolle. Natürlich muß man sich zunächst entschließen, die Erbeinsetzung als Nacherbeinsetzung und weitere Nacherbeinsetzung zu behandeln. Das wird nicht allein dem Willen der Erblasser im Zweifel entsprechen, sondern auch dem des Gesetzgebers (§ 2101 Abs. 1 Satz 1). § 2070, dessen Härte häufig empfunden werden wird, ist nach der vorausgesetzten Fassung der letztwilligen Verfügung nicht anwendbar.

Die Ergebnisse unserer Untersuchung sind im allgemeinen recht einfacher Natur. Wenn man aber die Güte hätte, neben Strohals Erbrecht und dem Planckschen Kommentare etwa noch Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II § 371 unter III 1. b. a. (S. 675) und unter V 1 b. nebst Anm. 26 dazu (S. 678) einzusehen, so wird man sich leicht davon überzeugen, daß die Behandlung des Gegenstandes einem wissenschaftlichen Bedürfnisse entsprach.

6.

Bemerkungen zu §§ 883, 886, 887, 1163 B.G.B.

Entscheidung des Kammergerichts vom 11. Juli 1902,
veröffentlicht im Recht Jahrg. 1902 Heft 22 S. 555.

Von Rechtskandidat **W. Othmer** in Hildesheim.

Können die Vorschriften über die Eigentümerhypothek ohne weiteres auf eine Vormerkung, die zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek eingetragen ist, angewendet werden? M. a. W. kann auch die vorgemerkte Hypothek zur Eigentümerhypothek werden?

Das Kammergericht hat diese Fragen in seiner Entscheidung vom 11. Juli 1902 verneinen zu müssen geglaubt (vgl. Entsch. Nr. 2556 im Jahrg. 1902 Heft 22 des „Recht" und die eingehende Begründung daselbst).

Dieser Entscheidung kann m. E. nicht beigetreten werden.

Das Kammergericht argumentiert: „Die Vormerkungslehre ist in den „allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken" geregelt, die Hypothek dagegen im Abschnitt VIII Titel 1 des 3. Buches. Von einer vorgemerkten Hypothek ist in diesem Titel nicht die Rede; schon daraus ergibt sich, daß die Vorschriften über Hypotheken nicht ohne weiteres auf die vorgemerkten Hypotheken anzuwenden sind, vielmehr ist es nur dann der Fall, wenn bestimmte Vorschriften auf die Anwendbarkeit hinweisen. Es folgt das auch weiter daraus, daß für gewisse Fälle ausdrücklich bestimmt ist, für die vorgemerkte Hypothek gelte das Gleiche wie für die endgültig eingetragene Hypothek."

So überzeugend die Gründe klingen, juristisch dürften sie kaum haltbar sein.

Insbesondere muß eine derartige vom Kammergericht beliebte Berufung auf die Stellung[1]) dieser oder jener Vorschrift in einem bestimmten Titel oder Abschnitt des Gesetzbuches als wissenschaftliches Argument entschieden zurückgewiesen werden. Hinsichtlich des Verweises auf die mehrfach im Gesetz selbst ausgesprochene[2]) Gleichstellung von vorgemerkter Hypothek und endgültig eingetragener Hypothek ist zu beachten, daß es sich in allen diesen Fällen um Vorschriften im Obligationen- bezw. Erbrecht handelt. Im Sachenrecht selbst hat der Gesetzgeber nirgendwo eine Parallele zwischen der vorgemerkten und der endgültigen Hypothek gezogen, ebensowenig zwischen vorgemerktem Erbbaurecht, Grund- oder Rentenschuld und endgültigem Erbbaurecht, Grund- oder Rentenschuld.

Der Schluß des Kammergerichts: „Für gewisse Fälle hat das Gesetz ausdrücklich Gleichstellung von vorgemerkter Hypothek und endgültiger Hypothek ausgesprochen, also sind die Vorschriften über Hypotheken auf vorgemerkte Hypotheken nur dann anwendbar, wenn dies im Gesetze verbaliter gesagt wird. Wenn der Gesetzgeber auf dem Standpunkt gestanden hätte, daß die vorgemerkte Hypothek der (endgültigen) Hypothek in den Wirkungen gleichstehe, so hätte er keine Veranlassung gehabt, in den genannten Fällen die Gleichstellung ausdrücklich anzuordnen", ist ein Trugschluß, der zu Konsequenzen führt, die auch das Kammergericht nicht wird akzeptieren wollen.

§ 1192 I B.G.B. spricht die analoge Anwendbarkeit der Vorschriften über Hypothek auf Grundschulden aus, das Kammergericht hätte aus der Tatsache der Gleichstellung von Hypothek und Grundschuld im § 1192 I nach Analogie seines obigen Schlusses: „Wenn der Gesetzgeber u. s. w. . . . ausdrücklich anordnet" konsequent folgern müssen: „Der Gesetzgeber steht auf dem Standpunkt, daß Hypothek und Grundschuld in den Wirkungen gleichstehen — wie er es eben im § 1192 ausspricht, — also brauchte er in besonderen Fällen die Gleichstellung

[1]) Man hat bedauerlicherweise neuerdings wiederholt eine solche rein äußerliche unwissenschaftliche Beweisführung herangezogen (vgl. z. B. König, Hat der Grundstücksmieter ein dingliches Recht? Halle 1901, S. 21—23). Die systematische Anordnung kann, wenn man sie berücksichtigt, höchstens für die persönliche Auffassung der Redaktoren Zeugnis ablegen.

[2]) Gemeint sind offenbar die Vorschriften der §§ 439 II, 1971, 1990 II und 2016 II B.G.B.

nicht auszusprechen". Der Gesetzgeber hat aber dennoch in einem Falle die Gleichstellung nochmals ausgesprochen.[3]) Es gibt nur zwei Erklärungen für diesen anscheinenden Widerspruch: Entweder hat sich der Gesetzgeber im § 439 ² wiederholt, — dann darf man mit demselben Rechte dasselbe bezüglich der Vormerkung behaupten; jedenfalls kann das Kammergericht nicht sagen: Wenn der Gesetzgeber Gleichstellung der vorgemerkten und endgültigen Hypothek vorausgesetzt hätte, würde er nicht im besonderen Falle die Gleichstellung ausdrücklich ausgesprochen haben. —

Oder die Gleichstellung im § 1192 B.G.B. bezieht sich nur auf die Vorschriften im Sachenrecht.

Tritt man dieser letzteren Auffassung bei, so kann das Vorhandensein von ausdrücklichen Vorschriften über Gleichstellung von vorgemerkter und endgültiger Hypothek im Obligationen- oder Erbrecht nicht als Vordersatz verwandt werden für den Nachsatz: Also hat der Gesetzgeber für vorgemerkte und endgültige Hypothek prinzipiell nicht die gleiche Wirkung angenommen.

Ferner müßte das Kammergericht analog schließen: da der Gesetzgeber in den §§ 1120 und 1123 B.G.B. die Gleichstellung der vorgemerkten und der endgültigen Hypothek nicht ausdrücklich bestimmt hat, sind die §§ 1120 und 1123 B.G.B. auf die vorgemerkte Hypothek nicht anwendbar. Die Mitglieder der II. Kommission[4]) haben jedoch im Gegenteil die Ausdehnung der §§ 1120 und 1123 auf die vorgemerkte Hypothek nicht nur ausdrücklich anerkannt, sondern für so selbstverständlich gehalten, daß sie auf eine besondere darauf bezügliche Vorschrift verzichten zu können glaubten. In der Literatur ist das einstimmig und rückhaltlos anerkannt.[5]) Das Kammergericht wird auch selbst einen solchen Satz gar nicht aufstellen wollen, und seinen Beweis: „Eine ausdrückliche Vorschrift, daß die vorgemerkte Hypothek der endgültigen Hypothek gleichzustellen sei, existiere nicht bezüglich des § 1163 ¹ B.G.B., mithin sei er nicht auf vorgemerkte Hypotheken anwendbar", fallen lassen müssen.

---

³) cf. § 439 B.G.B.

⁴) S. Protokolle der 2. Kommission Bd. 3 S. 741 § e.

⁵) Vgl. **Biermann**, Widerspruch und Vorm. S. 201; desgl. **Fuchs**, Grundbuchr. S. 122; **Endemann**, Bürg. R. Bd. 2 Teil 1 S. 253 und **Othmer**, Die rechtl. Wirkung der Vorm. S. 83ff.

Bei der weiteren Begründung seiner obigen Entscheidung geht das Kammergericht m. E. von falschen Voraussetzungen aus.

Hinsichtlich des § 887 B.G.B. heißt es, nach erfolgtem Aufgebot des unbekannten Hypothekengläubigers erlösche die Vormerkung. Eine solche Spezialisierung [6]) ist nicht ohne weiteres zulässig. Die angezogene Entscheidung sieht für ihre Auffassung einen erheblichen Beweis in dem terminologischen Unterschied der §§ 1168, 1169 und 886 und 887,[7]) die ersteren sprächen von einem Verzicht des Gläubigers bezw.

---

[6]) Das Gesetz spricht im § 887 nur vom Aufgebot des unbekannten Gläubigers.

[7]) Auch Fuchs erblickt mit der h. Meinung in „erlischt die Wirkung der Vormerkung" (§ 887 letzter Satz) einen wesentlichen Unterschied zwischen vorgemerkter und endgültig eingetragener Hypothek, wie man das einer späteren Berichtigung entnehmen muß (Grundbuchrecht Lieferg. 8 Bd. 1 Seite 725 Note zu S. 113), und will darin einen Einwand gegen die von mir a. a. O. vertretene Auffassung sehen. Ganz abgesehen davon, daß Fuchs die gegen seine Auffassung erhobenen schwerwiegenden Bedenken (vgl. auch Biermann a. a. O. S. 179) unwidersprochen läßt, vermag ich auch dem Hinweis auf die oben zit. Worte des § 887 B.G.B. keine überzeugende Kraft beizumessen. Im Entwurf II. Lesung lautete der § 805 (jetzt § 887): „Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt die Vormerkung." Im Gesetze selbst aber heißt es: „erlischt die Wirkung der Vormerkung." Dieser letzteren korrekteren Fassung kann beigetreten werden, ohne daraus die Schlüsse zu ziehen, die Fuchs u. A. gezogen haben. Ich frage, was bewirkte die Eintragung der Vormerkung? Die im § 883 genannten persönlichen Ansprüche des unbekannten Hypothekengläubigers sollten gesichert werden, so bestimmt es der Wortlaut des Gesetzes. Mit Erlaß des Ausschlußurteils, sagt das Gesetz im § 887 B.G.B. weiter, erlischt die — eben bezeichnete im § 883 festgesetzte — Wirkung der Vormerkung, d. h. die persönlichen Ansprüche des unbekannten Gläubigers sind fortan nicht mehr gesichert, es ist ihm nur seine Forderung geblieben. Das ist nun aber genau derselbe Vorgang wie bei Aufgebot des unbekannten Hypothekengläubigers gemäß § 1170 B.G.B. Auch im Fall des § 1170 B.G.B. erlischt die Wirkung der Hypothek, insofern sie vorher zur Sicherung der persönlichen Forderung diente, der aufgebotene unbekannte Hypothekengläubiger behält nur seine persönliche Forderung, sein dingliches Recht verliert er (so auch Fuchs, Grundbuchrecht Bem. zu § 1170 Anm. III 3a Seite 543 Bd. 1 und Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. 3 S. 567 Bem. zu § 1170 Ziff. 6a). Wenn der Gesetzgeber also im § 887 sagt: „der unbekannte Gläubiger wird mit seinem Rechte, sc. dinglichen Rechte, ausgeschlossen . . . mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt die Wirkung der Vormerkung", so können diese letzten Worte nichts anderes besagen, als die persönlichen im § 883 genannten Ansprüche sind nicht mehr gesichert; weiter be-

„verzichten müssen", der letztere von einem „beseitigen müssen". Bei der Terminologie der Vormerkungslehre im Gesetze muß man berücksichtigen, daß der Gesetzgeber alle Arten von Vormerkungen unter eine Formel bringen mußte. Hätte man statt „beseitigen" im § 886 nach Analogie der §§ 1168, 1169 „verzichten" gesetzt, dann hätte das zu eigenartigen Ergebnissen geführt. Hat beispielsweise A. eine Vormerkung am Grundstück des B. auf Löschung einer vorstehenden Hypothek, sobald sich diese mit dem Eigentum in einer Person vereinigt,[8]) dann erwirbt bei Verzicht des A. der Eigentümer die Vormerkung auf Löschung der ihm zustehenden Hypothek, also nachdem er zuvor nur verpflichtet war, die Hypothek zu löschen, bekommt er nun auch noch das Recht, sie löschen zu lassen.[9]) Übrigens ist es doch auffällig, daß die II. Kommission die ursprüngliche Fassung des § 886 „Aufhebung" (s. d. Bd. 3 S. 742 § h) allerdings veränderte, aber nicht in das nahe liegende und allgemein im Gesetze gebräuchliche Wort „Löschung", sondern in das sonst nirgendwo im Sachenrecht verwandte „Beseitigung". Man geht wohl in der Annahme nicht fehl, daß, bei der offensichtlichen Unklarheit in den Beratungen der II. Kommission über den Charakter des in Frage stehenden Rechtsinstitutes, dieser zweifellos absichtlich gewählte Ausdruck um deswillen vorgezogen war, um nicht durch eine bestimmtere Redaktion wie „Löschung" die Ausbildung der Lehre in der Wissenschaft zu eng zu begrenzen. Es ist wiederholt in der II. Kommission gesagt, daß sich der Gesetzgeber damit begnüge, mit seinen Vorschriften dem Zweck

sagen sie aber auch nichts. Der unbekannte Gläubiger ist mit seinem Rechte — wie ich nochmals betone, kann bei dem festen Sprachgebrauch im III. Buche des B.G.B. mit dem Wort „Recht" nur ein dingliches Recht im Sinne des Gesetzes gemeint sein — ausgeschlossen, ein dingliches Recht war mithin vorhanden, nach Analogie des § 1170 muß man somit annehmen, daß, falls das vorgemerkte Recht eine vorgemerkte Hypothek war, der Eigentümer dieses dingliche Recht, die Hypothek, erwerben kann. Diese Interpretation wird noch unterstützt durch die später vorgenommene redaktionelle Änderung der ursprünglichen Fassung des § „erlischt die Vormerkung" in „erlischt die Wirkung der Vormerkung".

[8]) § 1179 B.G.B.

[9]) Es soll hier gar nicht geleugnet werden, daß der Eigentümer materiell die Eigentümer-Hypothek erwirbt, formell, daran muß man festhalten — da ja auch das R.G. sich an die formelle Seite, den genauen Wortlaut des Gesetzes klammert —, erwirbt der Eigentümer das Recht zu einer Handlung, zu der er vorher sogar verpflichtet war.

des Institutes, ein Sicherungsmittel zu sein, möglichst gerecht zu werden. Der Wissenschaft bleibe es vorbehalten, die theoretische Seite der Lehre zu beleuchten. Lediglich unter diesem Gesichtspunkte muß man die Redaktion der §§ 883—888 prüfen, ehe man aus ihr derart weittragende Schlüsse zieht.

Das Kammergericht hat instinktiv den Schwerpunkt der Beweisführung empfunden und auch in der Entscheidung zum Ausdruck gebracht. Falsche Voraussetzungen ließen es den Kernpunkt der Frage verkennen. Es machte den Beweis zur Behauptung: „Die Vormerkung ist kein Recht am Grundstück, sondern ein Sicherungsmittel.“ Anstatt diese seine Behauptung an die Spitze zu stellen, suchte man aus dem § 886 den nötigen Beweis dafür herauszuinterpretieren.

Ist die vorgemerkte Hypothek in den Händen des Berechtigten kein Recht am Grundstück, dann kann sie es ebensowenig in den Händen des Eigentümers sein, der sie bei Verzicht des Gläubigers erwirbt. Die Frage wäre damit ohne weiteres entschieden, jede weitere Beweisführung überflüssig und gegenstandslos. Die Lösung dieser Frage konnte einzig und allein die Basis für die fragliche Entscheidung bilden.

„Die Vormerkung“, heißt es in der angezogenen Entscheidung, „wird deshalb gegenstands- und wirkungslos, weil sie kein Recht am Grundstücke, sondern nur ein Sicherungsmittel ist“. Den Beweis für diese in der Literatur sehr bestrittene Behauptung hat man nicht erbracht, ja nicht einmal versucht.

Ich gebe zu, daß die Behauptung in ihrer obigen Form unbedingt richtig ist. Die Vormerkung ist nur ein Vermerk im Grundbuche, also kein Recht am Grundstück.[10]) Damit ist aber die zuvor normierte Frage nicht beantwortet. Man wollte etwas ganz anderes sagen oder hätte es doch sagen müssen, um die Lösung zu finden. Vormerkung wurde unbewußt mit vorgemerkter Hypothek identifiziert. Der Satz mußte lauten: „Die vorgemerkte Hypothek (nicht die Vormerkung) ist kein Recht am Grundstück und wird deshalb gegenstands- und wirkungslos.“ Das Kammergericht ist hier auf denselben Weg geraten, den die gesamte Literatur vorher gegangen war. Man fragte stets nach dem Wesen der Vormerkung und mühte sich ab, eine Lösung zu finden, anstatt richtiger nach dem

[10]) Vgl. Biermann, a. a. O. S. 184 und Othmer, a. a. O. S. 2f.

Wesen des vorgemerkten Rechtes, d. h. nach der rechtlichen Wirkung der Vormerkung zu fragen. Daß die Vormerkung ein Grundbuchsvermerk ist, wird Niemand ernstlich bezweifeln wollen. Hätte aber das K.G. sagen wollen, daß auch das vorgemerkte Recht nur ein Grundbuchsvermerk ist, dann ist es dafür den Beweis schuldig geblieben. Die Vormerkung ist nur ein Sicherungsmittel, oder rektifiziert, das vorgemerkte Recht ist nur ein Sicherungsmittel, will gar nichts besagen, im Gegenteil müßte aus der Gegenüberstellung in der angezogenen Entscheidung: „weil sie kein Recht am Grundstücke, sondern nur ein Sicherungsmittel ist",[11]) logisch gefolgert werden: „Rechte an Grundstücken, bezw. dingliche Rechte können nicht identisch mit Sicherungsmitteln sein, oder doch Sicherungsmittel haben in der Regel nichts mit dinglichen Rechten zu tun." Das wird kein Mensch behaupten wollen. Was ist die Hypothek ursprünglich anders als ein Sicherungsmittel? Da müßte auch die endgültige Hypothek, einer Einrede ausgesetzt, gegenstandslos werden, weil sie ein Sicherungsmittel ist! Mit der teleologischen Definition kann man also jedenfalls nicht operieren und das K.G. hat seinen Beweis nicht erbracht. Die Wirkung der Vormerkung ist eine viel weitgehendere, durch sie werden die den im § 883 I B.G.B. bezeichneten Ansprüchen entsprechenden Änderungen der materiellen Rechtslage in unbedingter Weise herbeigeführt mit dem einzigen Unterschiede von der definitiven Eintragung, daß die Vermutung des § 891 nicht zutrifft. Das lehrt die historische Entwicklung des Rechtsinstitutes im früheren Recht, das lehrt auch die Ausbildung, die es im B.G.B. und seinen Nebengesetzen dem Zw.V.G., der K.O., G.B.O. und C.P.O. erfahren hat. Ich habe in der oben

[11]) Die Behauptung des K.G., die Vormerkung, soll heißen: „Das vorgemerkte Recht", sei kein Recht am Grundstücke, erscheint gerade im Zusammenhang mit § 887 B.G.B. sehr gewagt, denn es heißt im § 887, der vorgemerkte Gläubiger werde mit seinem Recht sc. dinglichen Recht ausgeschlossen. Es wird also vorausgesetzt, daß er schon ein dingliches Recht hatte. Wie will das Kammergericht diesen Widerspruch erklären? Übrigens ist dieser sehr beachtenswerte Vorgang im § 887 leider in der gesamten umfangreichen Literatur übersehen worden. Biermann spricht z. B. in seiner Monographie (S. 222 ff.) geradezu aus: „In dem Aufgebot ist als Rechtsnachteil anzudrohen, daß die Ausschließung des Gläubigers mit der Vormerkung erfolgen werde (C.P.O. § 986 IV), obschon sowohl § 887 B.G.B. als auch § 986 IV C.P.O. von einer Ausschließung des Gläubigers mit seinem Rechte sprechen.

zitierten Monographie einmal die Gründe für meine Konstruktion eingehend dargestellt, zugleich aber glaube ich auch den Nachweis erbracht zu haben, daß keine der vielen bislang aufgestellten Ansichten juristisch haltbar ist.

Die vorgemerkte Hypothek ist in der Tat ein Recht am Grundstück, denn es ist die endgültige Hypothek selbst mit Ausschluß der Vermutung des § 891 B.G.B.

Mithin ist unsere Frage dahin zu beantworten, daß die Vorschriften über Eigentümerhypothek im vollen Umfange Platz greifen.[12])

[12]) Vgl. Othmer, a. a. O. S. 93, Ziff. 8.

7.

Die hebräische Sprache und Schrift und § 43 des H.G.B.

Von **Dr. jur. Bruno Blau.**

Die Frage, ob die hebräische Sprache und Schrift bei der Führung von Handelsbüchern angewandt werden dürfen, ist zu Anfang der 60er Jahre, als das „Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch" in Kraft trat, mehrfach behandelt und fast einstimmig verneint worden. Sie galt allgemein als richtig beantwortet und hat den Juristen weiter keine Kopfschmerzen gemacht. Wenn wir die praktisch nicht unwichtige Frage von neuem ventilieren, so ist dies durchaus gerechtfertigt. Denn heute haben wir eine weit genauere Kenntnis von den Tatsachen, welche hier in Betracht kommen, als damals der Fall war.

Der § 43 Abs. 1 des H.G.B., der dem Art. 32 Abs. 1 des A.D.H.G.B. entspricht, lautet: „Bei der Führung der Handelsbücher und bei den sonst erforderlichen Aufzeichnungen hat sich der Kaufmann einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen zu bedienen." Diese Bestimmung ist zur Zeit in der Kommission angenommen worden „unter der Anerkennung, daß die hebräische Sprache nicht zu den lebenden zähle".[1]) Indem man so die hebräische Sprache und Schrift aus der kaufmännischen Korrespondenz und Buchführung verbannen wollte, stellte man sich auf den Standpunkt des Rechtszustandes, wie er vorher in Preußen und teilweise auch in Österreich auf Grund mehrerer Spezialgesetze[2]) normiert war. — Die — für Wissenschaft und Praxis selbstverständlich unverbindliche — Ansicht der Kommission ist nun von den meisten Schriftstellern[3]) ohne genauere Prüfung übernommen worden. Man beruft sich dabei vielfach auf zwei Aufsätze, die im „Zentralorgan f. d. deutschen Handels-

---

[1]) Lutz, Kommissionsprotokolle, Bd. 1 (1858), S. 48.

[2]) A.L.R II, 8, § 590; Gesetz über die Verhältnisse der Juden vom 23. Juli 1847 § 6. Böhm. Judenordnung § 46; galiz. Judenordnung § 35.

[3]) v. Völderndorff in Endemanns Handbuch Bd. 1 (1884), S. 240; Behrend, Lehrb. d. Handelsrechts, Bd. I (1896), S. 290, Anm. 9; v. Hahn, Kommentar z. A.D.H.G.B., Bd. 1 (4. Aufl. 1894), S. 294/5; Düringer-Hachenburg, Kommentar z. H.G.B., Bd. 1 (1899), S. 161; Staub, Kommentar z. H.G.B., Bd. I (6./7. Aufl. 1900). S. 197; Danziger, H.G.B. m. Anmerkungen (2. Aufl. 1900), S. 41; Makower, Kommentar z. H.G.B., Bd. 1 (12. Aufl. 1901), S. 83.

stand" Bd. 2 (1863) Nr. 9 und in der „Allg. österreichischen Gerichtszeitung" Jahrg. 14 (1863) Nr. 44 zu finden sind. Doch ist in diesen Artikeln von der hebräischen Sprache garnicht die Rede, vielmehr haben die Verfasser das jüdisch-deutsche Idiom im Auge, welches mit der hebräischen Sprache nur einzelne Ausdrücke gemein hat, die aus dieser übernommen sind, während der germanische Bestandteil das weitaus überwiegende ist.[4]) Es ist also vollkommen falsch, in dem genannten Zusammenhange jene Aufsätze zu zitieren. So sehen wir, daß jeglicher Beweis für die mit so großer Sicherheit aufgestellte Behauptung, das Hebräische sei eine tote Sprache, fehlt.

Wird die hebräische Sprache und Schrift, wie es üblich ist, im Gegensatz zur türkischen und chinesischen in der kaufmännischen Buchführung nicht als „ordnungsmäßig" anerkannt, so schafft man ein Ausnahmegesetz für die Juden, und zwar auf dem Gebiete des Privatrechts; man übertrifft also die kühnsten Forderungen der Antisemiten. Ein Grund, irgend einer Sprache die Qualifikation für ihre Benutzung in der Buchführung abzusprechen, ist nicht ersichtlich, sagen doch die Kommissionsprotokolle, auf welche man sich mit Vorliebe bezieht, in demselben Atemzuge, mit dem sie die hebräische Sprache tot zu machen glauben, man wolle nicht die „Niederlassungen von Kaufleuten fremder Nationalitäten erschweren."[5])

Es ist eine m. E. nicht zu bestreitende Tatsache, daß das Hebräische heute so wenig wie zur Zeit jener denkwürdigen Kommissionssitzung als tote Sprache aufzufassen ist. Es wird nicht nur, wie das Lateinische, in gewissen Gelehrtenkreisen gesprochen, nein, es ist die Volkssprache eines nicht allzu kleinen Teils des jüdischen Volks in Rußland, Polen, Galizien, Palästina, Arabien und in den Kaukasusländern. „Wir haben uns gewöhnt, die hebräische Sprache als tot zu betrachten und sie auf eine Stufe mit der griechischen und lateinischen zu stellen. . . . Und doch ist diese Sprache eine lebendige und eigentliche Geistes- und Kultursprache von 4 Millionen Menschen."[6]) Wenn Schach hier von 4 Millionen spricht, so meint er damit nur, daß diese das Hebräische beherrschen.[7]) Von wievielen Menschen es als wirkliche Umgangssprache gebraucht wird, läßt sich nicht feststellen. Daß es aber eine solche noch heute ist, daß in den genannten Ländern

[4]) Vgl. Gerzon, Die jüdisch-deutsche Sprache; eine grammatisch-lexikalische Untersuchung ihres deutschen Grundbestandes (1902) u. „Im deutschen Reich", 9. Jahrgang (1903), Nr. 1: Klausner, Sprache und Nationalität.

[5]) Lutz, a. a. O., S. 48.

[6]) Schach, Eine auferstandene Sprache (2. Aufl. 1892), S. 5.

[7]) Vgl. Schach, a. a. O., S. 6 u. 7.

viele Juden im internen Verkehr hebräisch sprechen, ist sicher. Bei Andree[8]) findet sich die Angabe, daß in Litauen und Westrußland 20—25 %, in den südwestlichen Provinzen 15—20 % und im Süden Rußlands 5—8 % der Juden sich in ihrer Privatkorrespondenz der Rabbinersprache, d. h. der mit einigen aramäischen Bestandteilen vermischten hebräischen Sprache der nachexilischen Zeit, bedienen. Inwieweit die Zahlenangaben zutreffen, vermag ich nicht zu kontrollieren.

Daß die hebräische Sprache zu den lebenden zu zählen ist, beweist namentlich die Tatsache, daß in Palästina zwei hebräische Dialekte mit vielen Unterstufen einander begegnen, der sphardische (der orientalischen und ehemals spanischen Juden) und der askenasische (der deutschen und ehemals deutschen, jetzt polnischen, russischen, ungarischen und rumänischen Juden). Völlig abweichend von beiden ist der Dialekt der jemenischen Juden, die das Hebräische als zweite Muttersprache neben dem Arabischen reden.

Wie die hebräische Sprache ihr lebendiges Dasein und ihre Lebensfähigkeit zu erkennen gibt, ersieht man aus der überreichen Literatur, die in dieser Sprache vorhanden ist, namentlich aus der Art der Literatur.[9]) „In den slavischen Ländern und in neuerer Zeit dort, wo die aus ihrer Heimat vertriebenen russischen Juden größere Gemeinwesen bildeten, ist die neuhebräische", d. h. nachexilische, „Sprache im letzten Jahrhundert als vorzügliches Kulturelement gehandhabt worden. Sie hat den Juden in Polen und Rußland die europäische Wissenschaft, die Literatur der zivilisierten Welt, Geschichte und Politik vermittelt; sie hat einzelne Dichter erweckt, in deren Poesien die Sprache des Jesaias in verjüngter Gestalt wieder auflebte."[10]) Nicht nur die wissenschaftlichen Werke, sondern auch die populäre Literatur und die Belletristik sind in den östlichen Ländern, soweit Juden in Betracht kommen, ausschließlich in hebräischer Sprache verfaßt. Die bedeutendsten neueren Schriftsteller sind Lebensohn,[11]) Erter, Smolenski, Jehuda Leb Gordon, Feierberg,[12]) Berdyczewski,[12]) Ginzburg, Brainin. Die neueste hebräische Verlagsbuchhandlung Tuschijah in Warschau gibt in der Art der Reclamschen Universalbibliothek eine Volksbibliothek, Sifre agorah, heraus, von der bereits 5—6000 Bände erschienen sind. Ein ähnliches Unternehmen hat der Warschauer Verlag Achiassaf mit großem Erfolg begonnen.

[8]) Andree, Zur Volkskunde der Juden (1881), S. 110.

[9]) Vgl. Schach, a. a. O., S. 9ff.

[10]) Meyers Konversationslexikon Bd. 8 (5. Aufl.), S. 501.

[11]) „Ost und West," 2. Jahrgang, (1902) Nr. 4: Brainin, Michah Josef Lebensohn.

[12]) Vgl. „Die Welt", 5. Jahrgang (1901), Nr. 49: Ehrenpreis, Zwei Junghebräer.

— Neben den zahlreichen Originalwerken ist die hervorragendste Literatur aller Völker ins Hebräische übertragen, namentlich die deutsche. Naturwissenschaftliche und philosophische Werke wurden bevorzugt. Da ist kaum ein Autor verschont geblieben, auch Nietzsche fehlt nicht. Goethe, Schiller, Shakespeare, auch Virgil usw. sind ausgezeichnet übersetzt. Hervorragende Übersetzer sind Schmuel Leb Gordon, Rosenfeld und Schulmann. — Nun erst die Journalistik! Außer einer großen Zahl von Wochen- und Monatsschriften existiert eine politische Tagespresse,[13]) deren bekannteste Erzeugnisse „Hameliz" in Petersburg (seit 1855) und „Hazefirah" in Warschau (zuerst seit 1872 in Berlin) sind. Hameliz, das Organ der Alt-Zionisten (Chowewe Zion) wird von Rabbinowicz, Hazefirah, welche die neuere zionistische Richtung vertritt, von Sokolow vorzüglich redigiert. Nossig[14]) zählt im Jahre 1887 im ganzen 23 hebräische Zeitschriften (6 in Deutschland, 8 in Österreich, 6 in Rußland, 3 in Palästina). Doch hat sich ihre Zahl seither ganz erheblich vergrößert, namentlich infolge der raschen Verbreitung der nationaljüdischen Ideen; so soll Amerika, das Nossig garnicht nennt, jetzt allein ca. 12 solcher Zeitschriften haben.

Das Material, welches wir zusammengetragen haben, ist nicht annähernd vollständig, es bedarf in vielen Punkten einer Ergänzung. Doch dürfte auch schon damit der Nachweis erbracht sein, daß das Hebräische zu den lebenden Sprachen durchaus zu rechnen ist.

Daher ist es gemäß § 43, Abs. 1 des H.G.B. in der kaufmännischen Buchführung anwendbar. Dasselbe gilt dann auch für die hebräische Schrift. Und hier liegt hauptsächlich die praktische Bedeutung der von uns behandelten Frage für Deutschland. Denn auch bei uns bedienen sich zahlreiche Juden bei der kaufmännischen Korrespondenz und ebenso, was hinlänglich bekannt ist, bei der Buchführung zwar der deutschen Sprache, aber der hebräischen Schrift (Kursivschrift). Viele dieser Leute, die meist aus Galizien oder Rußland stammen, sind anderer Schriftzeichen nicht mächtig.[15]) Beraubt man sie der hebräischen Schrift, so nimmt man ihnen zugleich die Möglichkeit, überhaupt Bücher zu führen, die als ordnungsmäßig gelten. Und das dürfte schwerlich in der Absicht der deutschen Handelsgesetzgebung liegen.

---

[13]) Vgl. „Ost und West", 1. Jahrgang, (1901), Nr. 1: Bernfeld, Hebräisch.

[14]) Nossig, Materialien zur Statistik des jüdischen Stammes (1887), S. 34, 65, 87, 101.

[15]) Wer in dieser Beziehung Studien machen will, sehe sich einmal in Berlin im Schönhauser-Viertel oder in Leipzig am Brühl um!

Ex H. d. P.

8.

Fideikommiß, Rente und Verschuldungsgrenze.

Eine Kritik des vorläufigen Entwurfs eines Gesetzes über Familienfideikommisse.

Von Professor **Krückmann** in Münster i. W.

---

§ 1.

Immobiliarfideikommiß und Mobiliarfideikommiß.

Die Grundfideikommisse werden durch die Begründung vollkommen gerechtfertigt; alle einzelnen Gründe, Begründung S. 12 ff. haben ihre gute Berechtigung und ihre Beweiskraft kann nach meiner Meinung nur von vorgefaßten Meinungen aus geleugnet werden. Im einzelnen läßt sich zu ihrer Unterstützung noch folgendes bemerken.*)

a) Der Hinweis auf die vermeintliche Ungerechtigkeit, die in der ungleichen Behandlung der verschiedenen Familienmitglieder liegt, wenn der Fideikommißerbe, wie notwendig, vor den übrigen bevorzugt wird, erledigt sich durch folgendes. Zunächst ist es mit der Ungerechtigkeit nicht so weit her; sie schrumpft bei näherer Betrachtung bedeutend zusammen, beschränkt sich spätestens von der dritten Generation an auf die Vetterschaft, während sie alsdann für die Geschwister des Fideikommissars zu einem Vermögensvorteil wird. Angenommen, der Stifter hinterläßt ein Fideikommiß im Werte von 1 200 000 *M.* und vier Kinder. Der Kopfteil würde 300 000 *M.* betragen, die Abfindung beträgt 100 000 *M.*, das bedeutet ein Minus von 200 000 *M.* für jedes Kind.[1])

---

*) Der Verfasser spricht hier und sonst natürlich nur für sich, nicht auch im Sinne der Redaktion. Oertmann.

[1]) Selbstverständlich ist bei der Berechnung im Texte vorausgesetzt, daß der Stifter außer dem Fideikommißvermögen noch genügendes Allodialvermögen

Jedes Kind hinterläßt zwei Erben, der Kopfteil würde betragen 150 000 *M.*, der Anteil beträgt für den Bruder des Fideikommissars 100 000 *M.*, für seine Vettern je 50 000 *M.*, die „Ungerechtigkeit“ reduziert sich im ersten Fall um 50 000 *M.*, in den übrigen Fällen um 100 000 *M.* Wenn jeder wieder zwei Kinder hinterläßt, so würde der Kopfteil betragen 75 000 *M.* Der Bruder des Fideikommissars erhält 100 000 *M.*, macht also einen Gewinn von 25 000 *M.*, die Vetterssöhne erhalten je 25 000 *M.*, ihre Benachteiligung schrumpft auf 50 000 *M.* zusammen. Wie zu ersehen, sind von jetzt an die Geschwister des Fideikommissars im Vorteil gegen das reine Kopfteilsrecht. Nur in den ersten Generationen besteht eine „Ungerechtigkeit“ gegen die Geschwister, später nicht mehr. Wer sich im vermeintlichen Interesse der Geschwister des Fideikommissars gegen die „Ungerechtigkeit“ erklärt, vergißt, daß, wer einmal Kopfteilung will, sie nicht bloß jetzt, sondern auch für alle vorhergehenden Generationen wollen muß. Dann aber verschlechtern sich die Geschwister bei der Kopfteilung. Der Vorteil der Geschwister springt noch mehr in die Augen, wenn die Abfindungssumme in der zweiten und dritten Generation nicht auf 100 000 *M.*, sondern entsprechend den Mitteln des Fideikommisses höher angesetzt wird.

Gegen die angestellte Berechnung kann nicht angeführt werden, daß das Zahlenverhältnis zwischen Geschwistern und Vettern anders sein könnte. Gewiß kann es anders sein, aber dies Für und Wider hebt sich auf. Wohl aber spricht zu Gunsten der Berechnung, daß angenommen werden muß, keiner der Vettern habe sein Vermögen verspielt, vertrunken, verspekuliert, durch Unterschlagungen seines Bankiers verloren, habe sich durch Bürgschaften ins Unglück gestürzt usw. Sobald einer von diesen Fällen eingetreten ist, ist es offenbar gleichgültig, ob Kopfteilung bestanden hat oder nicht. Den Verarmten kann es nicht trösten, ob er 300 000 oder nur 50 000 *M* verloren hat. Wir müssen also von der „Ungerechtigkeit“ gegen die Vettern erhebliches abziehen, da ihr Vermögen gegen wirtschaftliche Wechselfälle nicht so gesichert ist, wie das Fideikommiß. Dazu kommt, daß ihre Anwartschaft auf das Fideikommiß ebenfalls zu einem gewissen Werte an-

---

hinterläßt, aus dem die Pflichtteilsansprüche der Geschwister des Fideikommißbesitzers befriedigt werden können, sodaß Allodialvermögen und Abfindungssumme den Pflichtteilsanspruch decken.

zuschlagen ist, nicht minder der Rückhalt, den darbende Verwandte überhaupt bei einem reichen Vetter haben.

Zu alledem kommt die Tatsache, daß Blühen und Gedeihen einer Familie immer die strengste Familiendisziplin und die strengste Selbstdisziplin der einzelnen Mitglieder zur Voraussetzung gehabt hat und diese Voraussetzung bis in die fernsten Tage nicht missen kann. Ob es sich nun um kleinen Grundbesitz oder um großen handelt, Kraft nach außen ist nur möglich bei strenger Unterordnung nach innen und so sehen wir denn in bäuerlichen Familien, wo sich das Anerbenrecht erhalten hat, eine soziale Schichtung innerhalb der Familie, die in den Kreisen der Gebildeten unerhört ist.[2]) Aber diese Unterordnung allein ermöglicht es, daß die betreffende Bauernfamilie sich im Besitze ihres Hofes sorgenfrei halten kann, ein stolzer, selbstbewußter Bauernstand uns erhalten bleibt. Mit dem Gelde schwindet der Mut, die Sorge nagt schließlich die stolzeste Kraft fort und darum muß uns eine Familiendisziplin willkommen sein, die uns kräftige Geschlechter auf unverschuldetem Boden erhalten hilft. Wir können nichts klügeres tun, als einer solchen Familiendisziplin möglichst weiten Raum zu schaffen, denn Männer, die aus solcher Zucht hervorgehen, erfüllen für die Betätigung im öffentlichen, wirtschaftlichen, beruflichen Leben ganz andere Vorbedingungen, als die disziplinlos erzogenen.[3]) Ein anderer Grund, weshalb wir die allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen über die Bevorzugung des Fideikommißerben vernachlässigen dürfen, ruht in der von der Begründung, S. 12, auch schon angeführten Tatsache, daß eine solche Familiendisziplin sich, glücklicherweise, noch zu allen

[2]) Der Hofbesitzer sitzt im Münsterschen mit seiner Familie an einem Tisch, seine Geschwister mit dem Gesinde an dem anderen. Dies ist freiwillig übernommener Sittensatz, kein von außen aufgedrängter Rechtssatz!

[3]) Dem Rechtshistoriker sage ich nichts neues, aber es ist doch der Erwähnung wert, daß die römische Ordnung des Familiengüterrechts von Frau und Kindern eine außerordentliche Selbstbescheidung forderte und ohne eine strenge Familiendisziplin gar nicht durchführbar war. Dem männlichen römischen Charakter entsprach es, dies in Rechtssätzen zum Ausdruck zu bringen und so ist denn das ältere römische Familienrecht uraristokratisch. Es ist aber gewiß kein Zufall, daß die Abmilderung dieses Rechtes zugleich einhergeht mit dem Verfall der altrömischen Herrengeschlechter und überhaupt mit dem Entschwinden jener Zeit, aus der uns die hervorragendsten Belege der besonderen römischen Tugenden überliefert worden sind.

Zeiten in bedeutendem Umfang bei uns gezeigt hat, daß wir also immer Familien, nicht bloß adelige, in großer Zahl gehabt haben und noch haben, deren Mitglieder sich zum Besten der Gesamtheit willig unterordnen wollen. Wo so viel männliche Selbstbescheidung ist, kommt es anderen nicht zu, diese Familien zu einem gar nicht gewollten Glück zwingen zu wollen.[4])

b) Durchaus zutreffend sind auch die Ausführungen der Begründung, S. 14, über die wirtschaftliche Bedeutung des Großgrundbesitzes. Da fügt es sich gut, daß gerade jetzt über das klassische Land der Fideikommisse, Schlesien, eine gründliche und wissenschaftliche Bearbeitung erschienen ist, die vom Standpunkte der Geographen die wertvollsten Beiträge zur Beurteilung dieser Frage liefert, nämlich: Schlesien. Eine Landeskunde für das deutsche Volk auf wissenschaftlicher Grundlage bearbeitet von Joseph Partsch, Professor der Erdkunde an der Universität Breslau. Der Verfasser, durchaus kein blinder Freund der fideikommissarischen Vinkulierung, a. a. O. S. 13, bringt doch unwiderlegliche Beweise aus der Natur des Landes, a. a. O. S. 7, 11, der Geschichte, S. 12, bei, die die Daseinsberechtigung der Fideikommisse für jeden Unbefangenen dartun. „Der gesamten Kultur des Landes hat dieser Großgrundbesitz zweifellos erhebliche Dienste geleistet. Schienen Boden und Klima der landwirtschaftlichen Ausbeutung der Oberfläche ernste Schwierigkeiten entgegenzustellen, so konnte der Kampf mit der kargen Natur nur von wirtschaftlich kräftigen Be-

---

[4]) Im Gegenteil sollten weiteste Kreise hierin ein nachahmenswertes Beispiel sehen, statt sich in einem unfruchtbaren, rein verneinenden Kampfe gegen die „Vorherrschaft der Junker" zu erschöpfen. Gewiß ist es richtig, daß das Bürgertum heute nicht die Stellung einnimmt, die es haben könnte, aber die bürgerlichen Familien haben auch nicht im Entferntesten eine solche Familiendisziplin und darauf aufgebaute Familienorganisation wie die adeligen. Hierher gehört auch der Mangel an Traditionen, Begründung S. 13. Es ist immer zu bedenken, daß die einflußreichen Adeligen vor allen Dingen auf den Schultern ihrer **Familienangehörigen** stehen, die bürgerlichen Familien eine monarchische Organisation, durch die das Familienhaupt von den übrigen Familienmitgliedern getragen wird, kraft Rechtssatzes fast gar nicht und kraft Familientradition nur sehr selten kennen. Diejenigen, die so klagen, sollten zuerst bei sich selber zu bessern anfangen. Dieselben Mittel, die dem Adel hoch geholfen haben, können auch dem Bürgertum helfen und stehen ihm jeden Tag zu Gebote, sie werden nur, weil zu unbequem, nicht benutzt. Wer sich hierzu nicht aufschwingen kann, klage sich selber an.

trieben mit starkem Kapitalrückhalt eröffnet werden. Nur kostspielige, mit ernsten Opfern verbundene Versuche konnten darüber entscheiden, inwieweit wirklich unbesiegbare Ungunst der Natur den Erfolgen menschlicher Arbeit unbedingt widerstrebe; oft zeigte es sich, daß nur ein überkommenes Vorurteil die Tatkraft des Landmannes lähme, öfter noch, daß wohlerwogene Aufwendungen für Entwässerungen, für Bodenmischung und Düngung, auch die Einführung einer verständnisvollen Fruchtfolge einen ursprünglich geringwertigen Boden allmählich für anspruchsvollere Kulturen zugänglich und leistungsfähiger machten. Eine Moorkultur im Plessischen verschlang, ehe der lohnende Erfolg sich zu zeigen begann, 400 000 ℳ. Die oft recht dornenvolle Bahn derartiger Verbesserung des Landes konnte zuerst nur der Großgrundbesitz betreten; erst das Beispiel seiner Erfolge zog dann den kleinen Mann nach. Auch die Hebung der Viehzucht, die Veredelung der Schafrasse, des Rindviehschlags, des Pferdebestandes, konnte naturgemäß nur von einem leistungsfähigen Großbesitz erfolgreich erstrebt werden."

Daß insbesondere das Beispiel der Fideikommißbesitzer günstig auf die Umgebung, insbesondere auf die Bauern eingewirkt hat, ist aus seinen Ausführungen S. 90 (Fürst Pleß), S. 127 (Elsner v. Gronow) zu ersehen.

Um diesen Nutzen zu stiften, müssen die Fideikommisse erhalten werden als wertvoller Schutz „gegen eine nicht der folgerichtigen Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse, sondern der Notlage des Besitzers entspringende unwirtschaftliche Zerstückelung des Grund und Bodens",[5]) Begründung S. 14.

c) Auch für den von der Begründung, S. 14f., angeführten besseren Betrieb der Forstwirtschaft durch die Fideikommißbesitzer und die Notwendigkeit großer Waldungen bringt Partsch a. a. O. S. 7, 129, 132, 139, 150f., 160f., 180 Belege bei. Partsch weist mit Recht darauf hin, daß gewisse Landstrecken zu keiner anderen als der Waldnutzung fähig sind und daher notwendig an Großgrundbesitzer fallen müssen, so z. B. die alten Herzogtümer Oppeln und Ratibor mit ihren bekannten großen Fideikommissen. „So sind manche Orts-

[5]) Partsch S. 19: „Es wurde der Übelstand, zu dem die Sitte weitgetriebener Erbteilung des oberschlesischen Kleingrundbesitzes ohnehin führt, ... gesteigert."

namen wieder verschwunden; nicht Krieg oder Seuchen haben sie getilgt, sondern der unvermeidliche Ausgang des hoffnungslosen Ringens schwacher wirtschaftlicher Kräfte wider die Kargheit des undankbaren Bodens," a. a. O. S. 7. Ferner sind zu beachten seine Ausführungen a. a. O. S. 132:

„Schon der Blick auf die Karte und noch eindrucksvoller aber die Bahnfahrt durch die endlosen Föhrenwälder, zwischen deren Wurzelwerk der bleiche leichte Sandboden hervorschimmert, und das Bild der großen Holzlagerplätze um einsame kleine Haltestellen lehren, daß die Forstwirtschaft in diesem Landstrich (Waldgebiet der Malapane und Stober) die erste Rolle spielt und immer spielen muß. Es hat an ernsten Anläufen nicht gefehlt, hier Feldbau und Industrie auch mitten im Waldland heimisch zu machen. Aber die Geschichte dieser Anstrengungen des Staates und des Großgrundbesitzes weiß mehr von opfermutiger Willensstärke als von Erfolgen zu berichten. Die kleinen in den Wald hineingestreuten Ackerbaukolonien der fridericianischen Zeit haben kümmerlich sich fortgeholfen mit Beihilfe von Waldarbeit und erlaubter oder still geduldeter Waldnutzung .... So gewähren die ihres Deutschtums zum Teil verlustig gegangenen kleinen Kolonien des großen Friedrich in den riesigen Oppelner Forsten weder national noch wirtschaftlich ein sonderlich erfreuliches Bild."

Ohne davon zu reden, daß die Aufforstung, wie Begründung S. 15 richtig betont wird, meteorologische und klimatische Notwendigkeit sein kann, genüge hier die Feststellung, daß, wie Partsch a. a. O. mehrfach darlegt, dürrer Boden überhaupt gar keine andere Nutzung als die Waldnutzung verträgt, wir also vielfach, wenn wir keine Waldbesitzer hätten, uns solche schaffen müßten. Eine für die ferne Zukunft arbeitende Forstwirtschaft setzt aber gesicherte Besitzverhältnisse voraus, die Gewißheit, daß das den Enkeln Zugedachte ihnen auch wirklich zukommen werde. Daß dies bei Waldgütern notwendig zur Fideikommittierung führen muß, ist in der Begründung schon zutreffend bemerkt, S. 14.

d) Die gegen die Fideikommisse angeführten Gründe der Gegner werden von der Begründung, S. 16 f., ausreichend widerlegt. Diese Gegengründe hängen mit einer und derselben, jetzt von Partsch a. a. O. festgestellten Tatsache zusammen, von der die Begründung allerdings keinen Gebrauch gemacht. Die Gegner der Fideikommisse behaupten,

daß sie den Volkswohlstand schädigten, weil ihr Grundsteuerreinertrag geringer sei als der der freien Güter, und daß schon zu viel Fideikommißbesitz vorhanden sei. Die erste Behauptung wird für die Fideikommisse mit überwiegendem Ackerbau durch die Tatsachen und Zahlen widerlegt, für die Fideikommisse mit überwiegendem Waldbestand ist dagegen auf die von Partsch festgestellte Tatsache zu verweisen, daß dieser Waldbestand wenigstens in dem Lande, wo hauptsächlich die Fideikommisse vorkommen, seinen Grund in der Dürftigkeit des Bodens hat. Daraus ergibt sich, daß die statistischen Angaben über den Umfang der Fideikommisse und ihr Verhältnis zu dem freien Grund und Boden umgewertet werden müssen; man muß auch hier wie so oft nicht zählen, sondern wägen. Wir sollten uns im Gegenteile freuen, daß für den dürren Boden durch Eingreifen des Großgrundbesitzes die ihm entsprechende Kulturform gefunden worden ist, sonst würde das Gebiet zum Tummelplatz für die Güterschlächter geworden sein. Bevor man nicht Grundsteuerreinertrag, Waldbestand und Bodenqualität mit einander in Beziehung gesetzt hat, ist auf die Zahlen über den geringeren Grundsteuerreinertrag bei den Fideikommissen mit großem Waldbestand gar nichts zu geben und ebenso nichts auf die Zahlen, durch die man ein zu großes Anschwellen der Fideikommisse beweisen will. An sich sind diese Zahlen, wie in der Begründung mit Recht hervorgehoben worden ist, schon gering genug (6,24 v. H. von der Gesamtfläche des Staates), ihre Bedeutung wird aber noch geringer, wenn man in Rücksicht zieht, wie außerordentlich viel geringwertiger Boden in den angegebenen Flächen enthalten ist. Dürrer Boden, Waldbetrieb und fideikommissarische Vinkulierung haben sich mit einer gewissen Notwendigkeit zusammengefunden, da der erste auf die letzteren angewiesen ist. Damit entfallen auch jene wirklichen oder vorgegebenen Ängste wegen einer zu großen Latifundienbildung, die durch die Fideikommisse befördert werden soll. In der Begründung, S. 23, ist zutreffend dargelegt, daß die heutigen Zahlen noch keinen Anlaß zur Besorgnis geben; zieht man noch ferner die Minderwertigkeit eines großen Teiles der fideikommissarisch gebundenen Besitzungen (in Oberschlesien mit seinen viel berufenen Fideikommissen wohl sicher drei Viertel) hinzu, so ergibt sich, daß von irgend welcher Gefahr noch lange nicht die Rede sein kann. Diese Gefahr schrumpft umsomehr zusammen, seitdem Partsch seine wirklich klassischen Darlegungen über

das Lößland im Leobschützer Kreise gegeben hat, a. a. O. S. 160ff. Partsch hat hier in höchst beachtenswerter Darstellung nachgewiesen, daß entscheidend für die Frage, ob Bauernland oder Großgrundbesitz, mit in erster Linie die Güte des Bodens ist. Auf dem fruchtbaren Leobschützer Boden hat der Bauernstand einen derartigen Blütestand erreicht, daß er dem Großgrundbesitz das Land abgegraben hat. Die Bauern haben „eine Menge Rittergüter verzehrt, — und sie sind ihnen gut bekommen", Partsch S. 163. So sind z. B. von 83 Dominien zur Zeit des großen Friedrich nur noch 28, zum Teil auch schon beschränkt, vorhanden, das übrige ist Bauernland geworden!

Wie Partsch selber bemerkt, ist in dem übrigen Oberschlesien der Großgrundbesitz auf Kosten des übrigen Besitzes vorgedrungen, hier der Bauer auf Kosten des Großgrundbesitzes, wodurch abermals das Anwachsen der Fideikommisse und seine Gefährlichkeit eine neue Beleuchtung erhält: Auf schlechtem Boden ist der Kleine in Gefahr, dem Großen zu erliegen, auf gutem dringt siegreich der Bauernstand vor. Partsch hat das Verdienst, das, was praktische Landwirte schon lange gesagt haben, aber nicht auf eine abstrakte wissenschaftliche Formel bringen konnten, in die richtige Höhe zu hängen.[6]) Nach seinen Darlegungen kann die alles beherrschende und das meiste entscheidende Wichtigkeit der Bodenqualität für die Verteilung des Grund und Bodens unter die Großen und die Kleinen nicht mehr in Zweifel gezogen werden.

Damit wird auch eine ganz verschiedene Widerstandfähigkeit gegen schlechte Zeiten erwiesen, der Bauer auf fettem Boden übersteht sie, der Bauer auf magerem Boden gerät ins Gleiten.[7])

Wie wichtig andererseits für Landstrecken mit dürftigen Erträgen gesicherte Verhältnisse des Eigentümers sind, beweist die Schilderung von Partsch auf S. 133f., die beweist, wie schließlich bestimmte

---

[6]) Vgl. überhaupt Partsch a. a. O. S. 7, 11, 12, 20, 99 (aber auch S. 98), 127, 132, 139, 150, 160f., 161ff., 165, 170, 171, 173f., 175, 185 (aber auch das vorhergehende), 186.

[7]) Partsch hat mit seinen Darlegungen auch dasjenige Mittel angegeben, das zur Germanisierung das wirksamste ist: Aufteilung des **besten** Bodens an die Deutschen. Vgl. seine oben zitierten Bemerkungen über die nationalen Unerfreulichkeiten in den Oppelner Forsten. Mit der wirtschaftlichen Kraft wächst die nationale. Der auf schwerem Boden angesiedelte Deutsche wird sich nicht bloß behaupten, er wird auch erobern.

Ländereien trotz aller Anstrengungen sogar des städtischen Großkapitals mit Notwendigkeit dem benachbarten Fideikommißbesitzer anheimfallen müssen, weil ihre rechtlichen Wanderungen nur in einer wirtschaftlich gesicherten Hand ein Ende finden können.

Können wir sonach die Berechtigung der großen Fideikommisse anerkennen, so müssen wir doch an dem Entwurf seine Beschränkung auf diese großen Fideikommisse tadeln. Der wünschenswerteste Zustand wäre, daß jedes Landgut nach Art eines Fideikommisses gebunden wäre. Grund und Boden ist keine Ware und das Ideal müßte sein, daß bei landwirtschaftlichen Grundstücken alle Besitzveränderungen unter Lebenden möglichst vermindert werden, vielmehr die Güter und Höfe möglichst lange in derselben Familie verbleiben. Darum scheint die in § 2 *) des Entwurfs festgesetzte Mindestgrenze nicht berechtigt. Es ist ja zuzugeben, daß mit den Mitteln des Entwurfs schwer eine andere Bestimmung sich treffen ließ, daß die von ihm gebrauchten juristisch-technischen Mittel ziemlich notwendig auf eine solche Mindestgrenze hindrängen, aber, wie unten bewiesen werden soll, lassen sich diese technischen Mittel durch andere bessere, von größerer Anpassungsfähigkeit ersetzen, sodaß auch dem mittleren und kleineren Grundbesitz unter ihrer Anwendung eine größere Sicherheit geschaffen werden kann.

Dies ist ein zweiter Grund, weshalb die Befürchtungen wegen zu starken Anwachsens der Fideikommisse gegenstandslos sind; denn, wenn sich eine Fideikommißform finden läßt, die allen Größen sich anpaßt, so kann in ihr keine Gefahr für den mittleren und kleineren Grundbesitz liegen. Entscheidend wird schließlich auch in dieser Frage hauptsächlich die Güte oder Unfruchtbarkeit des Bodens sein, denn auf fruchtbarem Boden ist der Bauer nicht auszurotten, im Gegenteile, er zehrt die großen Güter auf, wie auf voriger Seite schon bemerkt.

Richtig ist an dem Entwurfe das Streben, dem Fideikommißbesitzer ein möglichst auskömmliches, ausreichendes Einkommen zu sichern. Sollen

*) § 2: „Jedes Familienfideikommiß muß dem Fideikommißbesitzer ein Jahreseinkommen von mindestens zehntausend Mark aus Grundbesitz gewähren, der die Grenzen einer Provinz und der an sie stoßenden Kreise nicht überschreitet. Dieses Jahreseinkommen muß in Höhe von mindestens fünftausend Mark aus einer Besitzung herrühren, die ein wirtschaftliches Ganze bildet." Vgl. die Nachweisung in der Begründung S. 20 über den gegenwärtigen Rechtszustand betr. Mindestgrenze.

auch vom Standpunkt des Entwurfs mittlere und kleinere Fideikommisse blühen, so muß für ein auskömmliches Mobiliarvermögen gesorgt werden. Der Entwurf sieht zu diesem Zweck eine Verbesserungsmasse (§ 61) und zwei Stiftungen zum Zweck der Abfindungen und der Ausstattungen vor (§§ 97, 98). Also ein Fideikommiß und zwei juristische Personen, ein sehr schwerfälliger Apparat, der um so schwerfälliger wird, wenn die Kassen der Verbesserungsmasse und der Stiftungen durch die succedierenden Fideikommißbesitzer aufgefüllt werden sollen (§§ 61 II, 98).

Ganz unzulänglich wird die Vorkehrung des Entwurfes,[9]) wenn der Fideikommißbesitzer des ausreichenden Mobiliarvermögens entbehrt. In schlechten landwirtschaftlichen Zeiten kehrt, zumal bei kleineren Fideikommissen, gar nicht selten die Erscheinung wieder, daß der Fideikommißbesitzer wohl viel Land, aber kein Geld hat, weder für sich und seine Familie, noch für die Anverwandten, noch für seine Gläubiger. Wenn auch nicht behauptet werden soll, daß die Vorkehrungen des Entwurfes vollständig versagen, so muß doch füglich bezweifelt werden, ob sie so einfach und so praktikabel sind, um ohne allzu große Kraftverluste funktionieren zu können. Im einzelnen werden wir hierauf unten noch zurückkommen.

Es kann ferner nicht gebilligt werden, daß der Entwurf sich grundsätzlich auf die Grundfideikommisse beschränkt. Es ist richtig, daß nur bei Grundfideikommissen die Pflicht und die Möglichkeit einer erfolgreichen und maßgebenden Betätigung im öffentlichen Leben denkbar ist, auf die die Begründung mit Recht so großen Wert legt; es ist auch richtig, daß die Betätigung im öffentlichen Leben die vornehmste Pflicht des Staatsbürgers ist, und es ist ferner richtig, daß das reine Geldfideikommiß, das keine Verpflichtungen auflegt, den Inhaber mit den Interessen einer Landschaft nicht verbindet, all' der Vorzüge entbehrt, die das Grundfideikommiß empfehlen.[10]) Aber Geldfideikommiß und

---

[9]) Der Entwurf sieht, § 32, eine Belastung des Fideikommisses vor, gibt aber keine Auskunft, woher die Mittel zur Tilgung genommen werden sollen (§ 38 II). Es ist heutzutage jedenfalls außerordentlich selten, daß ein Landgut aus eigener Kraft ohne Hilfe von außen seine Schulden abstoßen kann. Für diese Hilfe von außen sorgt aber der Entwurf nicht ausreichend und das ist sein eigentlicher und schwerer Mangel.

[10]) „Ein Geldfideikommiß ist, da es nur den Bezug sicherer Renten gewährt, von dem Bezugsberechtigten aber keine eigene Arbeit verlangt, nicht geeignet, zur Teilnahme an gemeinnütziger Tätigkeit im Dienste des Vaterlandes an-

Mobiliarfideikommiß sind nicht dasselbe und außer der Pflicht, seine Kräfte zum gemeinen Besten im öffentlichen Leben zu betätigen, sind noch andere Pflichten, vor allen Dingen ästhetischer und wissenschaftlicher Natur denkbar, deren Erfüllung durch ein Mobiliarfideikommiß leicht gefördert werden kann. Man muß hier die Augen richten auf jene schier unzähligen, vielfach höchst wertvollen Sammlungen, die durch den unermüdlichen Eifer einzelner Liebhaber zusammengebracht sind. Dies sind, um nur die vorzüglichsten zu nennen, Sammlungen, die sich beziehen auf Gemälde, Stiche, Holzschnitte, Zeichnungen, Miniaturen, Schnitzereien, Werke der Edelschmiedekunst, überhaupt Erzeugnisse des Kunstgewerbes in Holz, Porzellan, Metall, Stoffen usw., Handschriften, seltene Drucke, seltene Einbände, Münzen, Waffen, ethnologische, anthropologische, zoologische Gegenstände, Erinnerungszeichen an einen bedeutenden Mann usw. usw.

Das Schicksal dieser Sammlungen ist schließlich immer, daß sie der betreffenden Familie entfremdet werden. Ausnahmsweise haben solche Sammlungen als Anhängsel eines großen Grundfideikommisses sich dauernd in der Familie erhalten, — in den übrigen Fällen gehen nach dem Tode des Sammlers die Stücke dieser Sammlungen teils sofort, teils auf Umwegen in den Besitz des Staates oder anderer öffentlicher Korporationen über. Die unerwünschte Folge ist eine fortwährend zunehmende Konzentration in einigen wenigen großen Städten und die Entblößung des Landes und der übrigen Städte. Es gehen dadurch sehr viele Bildungsantriebe für die weiteren Kreise verloren und der stärkste Antrieb für die betreffende Familie selber. Es muß doch festgestellt werden, daß es nach dem Entwurf und dem Bürgerlichen Gesetzbuch kein einziges juristisches Mittel gibt, einer Familie die von einem Mitgliede zusammengebrachten Sammlungen dauernd als Eigentum zu erhalten; es gibt kein juristisches Mittel, in einer Familie das Sammeln und Erhalten künstlerisch oder wissenschaftlich wertvoller Sachen traditionell zu machen. Die bescheidenen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Nacherbschaft [11]) können hier nicht in

zuregen, deren Wert oft erst durch den Segen erkannt wird, den die Früchte eigener Arbeit bringen." Begründung S. 18.

[11]) Natürlich kann durch immer wiederholte Testamente in gewisser Weise geholfen werden, indem Vater, Sohn, Enkel usw. immer wieder letztwillig bestimmen, daß die Sammlung ungeteilt an ihren Erstgeborenen fallen solle u. dergl.,

Betracht kommen und zu einer Familienstiftung wird man nur im äußersten Notfall greifen.

Überdies versagt sie in dem wesentlichsten Punkte, nämlich in dem Eigentumsrecht, das für den Inhaber der Sammlung allein und ausschließlich den wirksamen Ansporn darstellt, auf der von seinem Vorfahr betretenen Bahn weiter zu wandeln. Nur das, wenn auch

aber erfahrungsgemäß geschieht dies nicht und kann auch nicht immer geschehen. Im günstigsten Fall überdauert eine Sammlung ungeteilt zwei Generationen; daß sie auch noch in der dritten Generation ungeteilt bleibt, ist höchst selten. Auf diese imponderablen Interessen hat das B.G.B. keine Rücksicht genommen, es vernachlässigt familienrechtliche Imponderabilien aber auch noch sonst. In zahlreichen deutschen Familien gibt es einzelne Erbstücke, die nach dem Willen des ersten Inhabers oder Stifters sich in einer bestimmten Erbfolge vererben sollen. Also etwa ein Schmuckstück, ein Armband soll immer auf die älteste Tochter desselben Namens, d. h. die Sohnestochter, nicht die Tochtertochter, vererben, oder die von Großvater und Großoheim im Freiheitskriege geführten Waffen sollen immer dem ältesten Sohn und Sohnessohn 2c. zufallen, oder es wird ein Gleiches von den Ehrengeschenken bestimmt, die wegen irgendwelcher Verdienste bei feierlichem Anlaß dem Vorfahren übergeben worden sind usw. Alle diese Wünsche, Verfügungen oder gar schon Traditionen sind einfach schutzlos. Zum mindesten hätte die in einer Familie schon befolgte Tradition Gesetzesschutz haben müssen und überhaupt hätte diese ganze Erscheinung doch gewiß ehrenhalber eine Erwähnung im B.G.B. verdient. Mit Recht bemüht man sich heute den Familiensinn wieder zu beleben, denn das schroffe Zerreißen gemütlicher Familienzusammenhänge, das mit dem Durcheinanderwirbeln der Menschen so leicht verbunden ist, trägt nicht die geringste Schuld an der heutigen Zerfahrenheit der Gemüter mit allen ihren Folgewirkungen auch für das öffentliche Leben. Hier wäre nun Gelegenheit gewesen, wenn auch nicht viel, so doch etwas zu tun. Möglicherweise werden auf diesem Gebiete auch noch andere Aufgaben für den Gesetzgeber auftauchen, denn der Deutsche scheint der allgemeinen Zersetzung und Auflösung der Familienzusammenhänge müde zu werden und sich wieder auf seine verwandtschaftlichen Bande zu besinnen. Vielfach werden die weit zerstreuten Mitglieder der Familie gesammelt und die Einrichtung der Familientage verbreitet sich sichtlich. Daß alles, was in dieser Richtung liegt, gefördert werden müßte, sollte nicht angezweifelt werden. Richtig verstanden ist die Fideikommißgesetzgebung nur ein Teil einer Rechtspolitik, die auf Wiederbelebung und Wiederbegründung unserer völlig zerfaserten Familienorganisationen geht. Wer in der Fideikommißgesetzgebung nur die „Privilegien der Junker" sieht, hat offenbar kein Empfinden für die traurige Zersetzung, der gerade die bürgerlichen Familien anheimgefallen sind, und hat auch nicht die Erkenntnis, daß die belebenden gemütlichen Beziehungen auch im weiteren Familienkreise nur durch wirtschaftlich rechtliche Grundlagen über die Dauer einer Generation hinaus aufrecht erhalten werden können.

fideikommissarisch gebundene, Individualeigentum vermag auch das individuelle Interesse des Besitzers auszulösen und kann die Pflege gewisser Zweige unseres kulturellen Lebens zur festen Tradition in einer Familie machen. Wenn irgendwo, so wirkt hier schon der bloße Besitz erziehlich und verpflichtend, und diese Verpflichtung kann auch zum juristischen Ausdruck gebracht werden. Mag auch die ererbte Sammlung diesem oder jenem Besitzer lästig sein, der Zwang, sich mit ihr zu beschäftigen, ist niemals schädlich, und es kommt immer wieder ein Erbe, der dem Familiengut ein größeres Interesse entgegenbringt, zumal wenn, wie unten zu zeigen, mit der Sammlung auch gewisse Vorteile für den Inhaber verbunden sind.

Hier bietet sich Gelegenheit, rein durch gesetzgeberisches Eingreifen für Kunst und Wissenschaft etwas zu tun, ohne daß der Staat mit der entsprechenden Sorge und den dazu gehörenden Ausgaben belastet wird. Für Kunst und Wissenschaft würde viel mehr geschehen sein, wenn wir die Einrichtungen gehabt hätten, um das individuelle Interesse der einzelnen Familien zu wecken und wach zu halten. Dies ist bisher nicht möglich, die vielen kleinen und größeren Heerde, auf denen ein idealer Liebhabertrieb dem Genius der Kunst und der Wissenschaft geopfert hat, sind durch ein atomisierendes Erbrecht immer wieder zerstört worden, man sammelt nicht für seine Nachfahren, sondern für den Auktionator, und so werden unmittelbar durch das Gesetz eine Unzahl der stärksten und wohltätigsten ästhetischen Antriebe wieder vernichtet. Statt mit allen Mitteln aus allen Kreisen die privaten Mäcene der Kunst und der Wissenschaft heranzuziehen, ihnen die Möglichkeit zu schaffen, daß sie die Pflege ihrer eigenen persönlichen Neigungen mit den Vermögensrechten ihrer Familie vereinigen könnten, überläßt man alles der übermächtigen Anziehungskraft großer staatlicher und kommunaler Sammlungen oder ausländischen Käufern und zu derselben Zeit, wo dies geschieht, muß man die immer wiederholten Klagen hören, daß keine Käufer für Kunstwerke, wissenschaftliche Bücher usw. da seien. Überdies, ist eine Pflege und Förderung der Kunst nicht edler und vornehmer, wenn man dafür sorgt, daß recht viele Kunstwerke gekauft werden, als wenn man in mehr oder minder fragwürdigen Entscheidungen einigen Künstlern Reisestipendien verleiht? Der beste Dienst, den wir der Kunst und der Wissenschaft erweisen können, ist, der freien Wertschätzung des einzelnen möglichst viel Gelegenheit und vor allen Dingen

Antrieb zur Betätigung zu schaffen. An diese Pflicht sei der Gesetzgeber hiermit nachdrücklichst erinnert.

Sind wir einmal so weit gegangen, daß wir das Mobiliarfideikommiß für wünschenswert erklärt haben, müssen wir scheinbar wieder einen Schritt zurücktun und noch eine besondere Art des Immobiliarfideikommisses für wünschenswert erklären, nämlich das auf bebauten städtischen Grundstücken hergestellte Fideikommiß. Zu denken ist dabei an das heute vom Gesetzgeber vollständig vernachlässigte und deshalb ohnmächtige Streben vieler Familien, das Geburtshaus, das Elternhaus, das Stammhaus im Besitze der Familie zu erhalten. Dies ist nur möglich bei fideikommissarischer Festlegung oder bei korporativer Ausgestaltung der Familie oder unter Anwendung des Gesamteigentums, an dem jedes Familienmitglied ohne weiteres mit der Geburt Anteil hat.[12]) Für die beiden letzten Möglichkeiten scheinen mir die Dinge noch nicht reif, aber ich gebe ohne weiteres zu, daß dies ein Irrtum sein kann. Am einfachsten ist zunächst die Fideikommittierung. Vom Standpunkte des Entwurfs müßte ein solches Fideikommiß unzulässig sein, da es dem Berechtigten die Vorteile ohne Mühe in den Schoß wirft. Aber hieran sieht man gerade, wie gefährlich dies allgemeine Argument ist, denn die bescheidenen materiellen Vorteile, die mit einem solchen städtischen Fideikommiß verbunden sein können, erlauben durchaus noch nicht, sich einfach auf das Faulbett zu strecken (umsoweniger, als mitkonkurrierende Rechte der Anverwandten in Betracht kommen würden, die bis zu einem gewissen Grade oder unter bestimmten Voraussetzungen für sich einen Teil der Nutzung fordern könnten). Selbstverständlich wäre, daß ein solches Stammhausfideikommiß mit einer entsprechenden Summe von Kapital ausgerüstet sein müßte, um funktionieren zu können. Diese Stammhausfideikommisse würden ebenfalls dazu beitragen, den Gedanken verwandtschaftlichen Zusammenhanges lebendig zu erhalten und sie würden dazu dienen, wieder einen Teil des deutschen Volkes wurzelfest zu machen, der heute sehr zu seinem eigenen Schaden und zum Schaden des Ganzen entwurzelt ist. Die Familien des wissenschaftlich gebildeten Bürgertums, und nicht bloß sie, sind heute nirgends mehr fest zu Hause. Eine Kontinuität des Berufes gibt es nicht, und wo es sie gibt, führt dieser Beruf die ver-

[12]) Was vom Stammgut noch übrig ist, reicht nicht aus; hier muß von Grund aus neugeschaffen werden.

schiedenen Generationen als Lehrer, Beamte, Offiziere, Anwälte, Ärzte, Ingenieure, Chemiker, Apotheker, Schriftsteller, Kaufleute usw. in alle Winde. Die gebildeten Familien, die sich durch geistige Arbeit erhalten, sind fast alle Vaganten, insofern die zweite Generation niemals dort lebt, wo die erste gelebt hat.[13]) Eine solche Entwurzelung rächt sich immer, weil diesen Familien das ruhige, konservativ machende Verwachsen mit bestimmten Kreisen und räumlich begrenzten Interessen, das Gefühl der Zugehörigkeit zu einer engeren und engsten Heimat fehlt. Wir können nun nicht alle Grundbesitzer sein, aber jede Familie hat das Recht, irgendwo festzuwurzeln! Gibt man dies zu, so erscheint das städtische Fideikommiß als unabweisbare Notwendigkeit. Je mehr das Verhältnis von Bevölkerungszahl zum Grund und Boden sich zu Ungunsten des letzteren verschiebt, desto weniger kann an der Ausschließlichkeit des landwirtschaftlichen Grundfideikommisses festgehalten werden. Wenn es wahr ist, daß wir ein großes Interesse haben, eine möglichst große Zahl von Familien dauernd zu sichern, „königliche Existenzen“ im kleinen zu schaffen, so dürfen wir uns keinenfalls auf das Grundfideikommiß beschränken. Insbesondere liegt es im Interesse der städtischen Bevölkerung selber, unabhängige Existenzen in ihrer Mitte zu haben, die so gestellt sind, daß sie sich den städtischen Diensten aus Freude an der Arbeit traditionell von Geschlecht zu Geschlecht widmen können. Wohl droht hier das Gesetz vom Bevölkerungsstrom, aber gerade die verheerenden Wirkungen dieses Gesetzes könnten hier in etwas bekämpft werden, wenn es gelingt, dauernd gesicherte städtische Familien wurzelfest zu machen, die Erhaltung eines Patriziats zu unterstützen.

Mindestens ebenso notwendig ist auch eine Fürsorge für die kaufmännischen und gewerbetreibenden Familien. Sie werden ebenfalls aus dem städtischen Fideikommiß Nutzen ziehen können, denn hier kommt noch dazu der Wunsch, das alte Geschäftshaus in der Familie zu erhalten.[14])

---

[13]) Am deutlichsten zeigt sich dies an den Gräbern, sie sind verstreut über die verschiedensten Kirchhöfe. Nicht einmal einen verlorenen Fleck auf einsamer Haide kann heute eine solche Familie als Ruhestätte festhalten, wo alle, die eines Blutes sind, sich zu gemeinsamer Ruhe zusammen finden können.

[14]) In den industriellen und kaufmännischen Kreisen hat man sich bisher gerne auf folgende Weise geholfen: Die Fabrik oder das Geschäft wurde an

Die Gründe, die für die weitere Ausdehnung des Fideikommißrechts entscheiden, sind also einmal das Interesse der Gesamtheit, in der vom Erwerbsleben hin und her geworfenen, innerlich nicht zur Ruhe kommenden großen Masse gesicherte Existenzen zu schaffen, die mäßigend und leitend auf das öffentliche Leben einwirken; ferner das Interesse der einzelnen Familien und damit ebenfalls wieder das Interesse der Gesamtheit an der Wiederbelebung verwandtschaftlichen Gefühles, verwandtschaftlichen Gemeinsinns, eines kräftigen Heimatsgefühls und damit verbunden die Erziehung zu familienhafter Solidarität unter Zurückstellung eigener Interessen, Erziehung zu Familiendisziplin, der besten Vorbereitung auf staatsbürgerliche Disziplin.

§ 2.

Mobiliarfideikommiß und Rente.

In der Verwerfung des reinen Geldfideikommisses ist, wie gesagt, dem Entwurf zuzustimmen, ferner aber auch der Begründung darin, daß „in gewissem Umfang, insbesondere zur Ermöglichung und Unterstützung einer fruchtbringenden Tätigkeit im Dienste des Vaterlandes, zur Beschaffung der nötigen Mittel für eine gedeihliche Wirksamkeit auf der heimatlichen Scholle, zur Fürsorge für wirtschaftlich Schwache und Hilflose, die Begründung fester Rentenbezüge wünschenswert und selbst notwendig erscheint" (S. 19 f.).

Diese Rentenbezüge sind unerläßlich für jedes Mobiliarfideikommiß und für jedes Stammhausfideikommiß, aber auch unabhängig davon können sie jeder Familie nur frommen. Nach der Begründung, S. 19, soll dies Bedürfnis schon hinreichend durch die Familienstiftung gedeckt sein, aber dies muß auf das Entschiedenste bestritten werden. Familienstiftungen sind nur das ultimum remedium, zu dem man seine Zuflucht nimmt, wenn gar nichts besseres zu haben ist. Einmal arbeiten

eine Aktiengesellschaft übertragen, deren Aktien, häufig vinkuliert, den Familienmitgliedern vorbehalten wurden. Ein Vorgang, der sich nach den Zeitungsnachrichten erst kürzlich in Krupps Familie wiederholt hat. Industrielle Werke und kaufmännische Geschäfte entziehen sich ihrer Natur nach der eigentlichen Fideikommittierung. Es steht aber nichts im Wege, die Aktien, Anteile usw. zu fideikommittieren, wenn das Mobiliarfideikommiß zugelassen wird. Vielleicht empfiehlt es sich für diese Fälle, neue Familienorganisationen zu schaffen. Jedenfalls wäre der Frage näher zu treten, ob man hier den Bedürfnissen der Beteiligten nicht noch besser als bisher entgegenkommen kann.

die Stiftungen viel zu teuer, viel zu schwerfällig und umständlich, sodann gewähren sie zu wenig individuelle Rechte. Selbst, wenn man sich über das zweite hinwegsetzen will, das erste macht die Stiftung als Quelle dauernder Familienrevenuen unannehmbar. Es gibt ein besseres, einfacheres und billigeres Mittel und das ist die vom Staate als Schuldner geleistete Rente. M. a. W. unser Staatsschuldenwesen müßte bis zu einem gewissen Grade diesem hier aufgedeckten Bedürfnisse angepaßt werden, indem nicht Kapitalschulden allein, sondern außerdem noch Rentenschulden aufgenommen werden.

Heute kennt man fast nur Kapitalschulden, denn der Staat will sich die Einlösung seiner Schuldscheine erleichtern. Damit wird aber dem Anlagebedürfnis weitester Kreise nicht genügt. Für den Sparer, sei er nun kleiner Gewerbetreibender, Beamter, Bauer, Arzt, Anwalt, Offizier usw. ist die Möglichkeit, seine Staatsschuldscheine jederzeit versilbern zu können, von äußerst geringem Werte, er will und soll nicht spekulieren, ihm ist sein Geld lediglich Zinsträger und nichts anderes, die Rente ist für ihn wichtiger als das Kapital. Größere Kapitalien braucht ein solcher Sparer nur sehr selten, die einzigen Gelegenheiten sind Verheiratung einer Tochter und allenfalls Bau eines Hauses. Diese Ereignisse kommen aber nicht über Nacht, werden lange vorhergesehen und ihr Eintritt steht teils vollständig, teils wenigstens in Ansehung des Termines in der Hand des Sparers. Selbst, wenn er nur Rentenbezüge hätte, würde er durch Verpfändung der Renten sich Kapital schaffen können, und wenn er während dieser Zeit das Kapital entbehren kann, muß es ihm auch möglich sein, schon vorher an den Renten das Nötige zusammenzusparen. In allen Fällen ist es besser, eine kleinere Mitgift zu geben und nach dem Tode den Kindern eine größere Rente zu hinterlassen, als umgekehrt. Die Bedenken, die aus einem größeren Kapitalbedürfnis der Sparer hergeholt werden könnten, sind also nicht zu schlimm. Im Gegenteil, ein gewisser Zwang, sich einzurichten, kann nur günstig wirken.

Zu bedenken ist überhaupt, daß durch bloßes Sparen ein namhaftes Vermögen erst im Laufe langer Jahre zusammenkommt und das Vermögen der Enkel in solchen Fällen immer durch große Entsagung der Väter erworben wird. Daß an dieser Entsagung auch die übrigen Familienmitglieder Teil nehmen, ist nur billig, und wenn ein gewisser Zwang hierfür besteht, indem die Rentenanlage es erschwert,

über größere Kapitalien auf einmal zu verfügen, so ist dies nur mit Freude zu begrüßen.

Die Bedürfnisse des Großkapitals und derjenigen, die ihr Vermögen in großkapitalistischer Weise anlegen wollen, sind dagegen ganz anders. Für den Großkapitalisten ist unbedingte Beweglichkeit, jederzeit gegenwärtige Verfügungsmöglichkeit alles, er will spekulieren, wagen, sein Geld nicht festlegen, sondern alle sich darbietenden Erwerbsmöglichkeiten beim Schopfe packen. Ihm liegt an geschäftlichem Gewinn, nicht an sicherer, aber geringerer Rente. Daraus ergibt sich, daß Sparer und Großkapitalist, wenn wir der Kürze wegen diese Ausdrücke gebrauchen dürfen, ganz verschiedener Anlageformen für ihr Vermögen bedürfen, und daß bisher den Interessen des Sparers nicht genügend Rechnung getragen worden ist. Die Schuldenverwaltungen haben sich ja schon wiederholt bemüht, den mittleren und kleineren Kapitalisten bei der Zuteilung der Schuldverschreibungen zu helfen, da man auf die Dauer sich doch nicht der Erkenntnis verschließen konnte, daß hier ganz verschiedene Bedürfnisse zu befriedigen sind, aber das Bisherige genügt nicht, es muß auch die eigentliche Anlageform für die mittleren und kleineren Kapitalisten geschaffen werden. Der Staat muß nicht bloß Kapitalschulden aufnehmen, er muß auch Rentenschulden begründen. Da die Rentenforderung für das Großkapital, so lange es arbeiten will, vollständig wertlos ist, so haben wir in ihr diejenige Anlageform, die die alleinige Domäne des mittleren und des kleinen Kapitalisten bildet, des Sparers. Darum kann diese Anlageform auch durch höheren Zinsfuß privilegiert werden, ohne daß dem Großkapital die Früchte hiervon in den Schoß fallen, und sie muß privilegiert werden, weil der Gläubiger auf Rückzahlung seines Kapitals verzichtet.

Gegen diesen Vorschlag wird vielleicht vorgebracht werden, daß durch die Einführung unbeweglicher Renten der Verkehr unterbunden und die deutsche Volkswirtschaft geschädigt werde. Diese Argumente stammen aus den Kreisen, denen die Bewegung alles ist, sei es aus ehrlicher doktrinärer Überzeugung oder wirtschaftlichem Egoismus. Eine Verständigung mit so entgegengesetzten Auffassungen ist aussichtslos. Damit jedoch Irrtümer nicht weiter fressen, sei bemerkt, daß die Festlegung von Ersparnissen in unbeweglichen Renten immer noch besser ist als der Ankauf von Griechen, Portugiesen usw., womit uns die Freunde der ungehemmten wirtschaftlichen Bewegung so bereitwillig

überschüttet haben, daß ferner die Bäume nicht in den Himmel wachsen werden. Einmal hat nur ein bestimmter Teil des deutschen Volkes ein Interesse an der Rentenanlage, allerdings gerade derjenige, der bisher von den Freunden der ungehemmten wirtschaftlichen Bewegung mit Vorliebe am meisten geschröpft wurde, sodann werden sich die Interessenten es immer sehr zu überlegen haben, ob sie einen Teil ihres Vermögens in ewigen, unablöslichen, unveräußerlichen Renten anlegen wollen oder nicht. Denn das muß unbedingt festgehalten werden, daß die Rente ewig, unablöslich und unveräußerlich sei. Wer es anders haben will, mag sich eines Privatinstituts bedienen. Der Staat hat seine Pflicht voll erfüllt, wenn er seinen Bürgern diese Anlageform offen hält, ein Mehr wäre eine Belastung mit Bankgeschäften, die ihm nicht zugemutet werden kann. Man mag dem Begründer der Rente allenfalls die Ablöslichkeit zugestehen, aber auch nur unter solchen Bedingungen, daß der Staat für seine Mühewaltung vollkommen entschädigt wird, das ist das Äußerste. Es wird darum immer so verlaufen, daß der Rentenbegründer nur einen Teil seines Vermögens in dieser Form anlegt, so daß für den freien Verkehr noch immer genug übrig bleibt. Überdies kann jede Rente, wie unten noch zu zeigen, mit einer automatischen Selbstregulierung versehen werden, wodurch das übermäßige Anwachsen verhütet wird, s. unten Nr. 4.

Aus diesen Gründen ist die ewige Belastung des Staates mit Schulden auch nicht bedenklich. Einen schuldenfreien Großstaat hat es nie gegeben und wird es auch nie geben, und sollte es zur Schuldentilgung kommen, so steht nichts im Wege, die Kapitalschulden zuerst zu tilgen. Zur Tilgung der Rentenschulden kommt es schon von selber nicht. Aber gesetzt, es käme soweit, so müßte der Staat die Renten doch bestehen lassen und sich für seine Kapitalien eine Anlage in Grundstücken, Bergwerken usw. suchen. Die erst zum kleinen Teil gelösten Aufgaben der Verstaatlichung gewähren hier eine mehr als ausreichende Möglichkeit, etwaige frei werdende Kapitalien nutzbringend anzulegen. Doch dies ist alles Zukunftsmusik, da es so weit gar nicht kommen wird. Die einzige sonst noch vorhandene Möglichkeit, zu helfen, wäre die Bildung von Grundbesitzerverbänden oder der Ausbau der schon vorhandenen; das hieße aber, dem Staat zukommende Lasten auf einen bestimmten Personenkreis abwälzen und kann darum nicht in Betracht kommen. An Privatbanken gar ist überhaupt nicht zu

denken, denn sie geben als Schuldner ewiger Renten nicht genügende Sicherheit, wir kommen daher immer mit Notwendigkeit auf den Staat als Rentenschuldner zurück.

Der hier beschriebenen Verpflichtung wird sich der Staat um so weniger entziehen können, je mehr die Notwendigkeit anerkannt wird, neben der weitgehenden Sozialpolitik zu Gunsten der genugsam bevorzugten Arbeiter auch die mittleren Bevölkerungsschichten zu bedenken, wie ich denn überhaupt die Rente als das Fideikommiß des Mittelstandes bezeichnen möchte. Das Rentenrecht kann außerordentlich verschieden gestaltet werden. Folgende Hauptformen sind denkbar und gesetzgeberisch zu berücksichtigen:

1. Kopfrente. Jedes Familienmitglied erhält einen Kopfteil der Rente, das Recht wird erworben mit der Geburt. Maßgebend ist der Personenstand, wenn das Kalenderjahr als Geschäftsjahr gilt, vom 1. Juli des vorhergehenden Jahres oder eines noch früheren Termins, damit Zeit für Nachweise und Berechnungen gewonnen wird. Die Rente ist schwankend, neu hinzukommende Rentenberechtigte haben so lange keinen Anspruch, als sie die Rente der übrigen unter ein gewisses, verwaltungstechnisch erträgliches Mindestmaß vermindern würden.

2. Stammrente. Die Rente vererbt nach Stämmen; innerhalb des Stammes kann der Berechtigte über die Gefälle auch nach seinem Tode verfügen, soweit er überhaupt verfügungsfähig ist. Die zweite Form ist nicht zu empfehlen als Anreiz zum Zweikindersystem, wogegen die Kopfrente gerade umgekehrt fördernd wirkt.

3. Amortisationsrente. Nach meinem Vorschlag soll jede Rente Amortisationsrente sein, d. h. sie kann für Schulden gepfändet und verpfändet werden nur mit Amortisationszwang. Beläuft sich die Rente des Schuldners S auf 500 ℳ. jährlich, so soll sie nur für solche Forderungen gepfändet oder verpfändet werden können, deren Zinsen mit einem Tilgungszuschlag von mindestens 1 v. H. 500 ℳ. betragen. Für die Kopfrente ist dies unwesentlich, denn diese Rente erlischt mit dem Tode des Berechtigten und wird nicht vererbt, für die Stammrente ist dies aber sehr wichtig, weil sonst die Rente sich nie von Schulden frei arbeiten kann. Kann wegen mehrfacher Verpfändungen die Amortisation einer Forderung erst nach Ablauf der Verjährungszeit beginnen, so ist auf Verlangen des Schuldners das Pfandrecht zu löschen.

4. Ferner muß jede Rente eine Sparrente sein, d. h. sie wird niemals ganz ausgezahlt, sondern es wird immer ein Betrag einbehalten und zur Vermehrung der Rente verwandt. Also wenn eine Rente 500 ℳ. beträgt und 10 v. H. einbehalten werden, so erhält der Berechtigte zunächst nur 450 ℳ. jährlich ausgezahlt; sein Recht geht nur auf 450 ℳ., so daß auch nur 450 ℳ. bei ihm gepfändet und von ihm verpfändet werden können. Zur Verzinsung und Tilgung etwaiger Schulden würden also nur 450 ℳ. zu Gebote stehen. Dies ist ein automatisch wirkender Sparzwang, der ohne große Kontrollmaßregeln in sehr einfacher Weise funktioniert. Damit für den Schuldner die Berechnungen nicht zu verwickelt werden, kann ja gesetzlich bestimmt werden, daß die Zuschläge aus den Ersparnissen nur periodisch, etwa alle fünf Jahre, endgültig zur Rente hinzugerechnet werden, also nur periodisch sich der Umfang der Rente ändert. Die Abzüge an der Rente sind an der einzelnen Rente, nicht an der Rente als Gesamtheit zu machen, weil hierdurch, wie sogleich zu zeigen, ein schärferer Sparzwang entsteht. Denn die Größe der Abschläge muß verschieden sein etwa nach folgender Abstufung: bei einer Rente bis zu 500 ℳ. 10 v. H., für das zweite Fünfhundert 8 v. H., für das zweite Tausend 6 v. H., für das dritte bis fünfte Tausend 4 v. H., für das sechste bis zehnte Tausend 2 v. H., darüber hinaus 1 v. H.

Dieser bisher beschriebene Sparabzug muß dem Vermögen der Rentenberechtigten entsprechend weiter ausgebaut werden. Der gleichmäßige Abzug von dem auf den einzelnen Berechtigten fallenden Kopfteil trifft die Rentenberechtigten offenbar sehr verschieden, je nachdem der Einzelne Vermögen hat oder nicht. Da ein Sparzwang unter Lebenden sehr wenig praktisch wäre und den Nutzen, den die Rente dem Lebenden gewähren soll, wieder vernichtet, bleibt als etwaiges Ergänzungsmittel für den Sparabzug an der Rente selbst nur ein Abzug an der von dem Rentenberechtigten hinterlassenen Erbschaft übrig, also eine „Erbschaftssteuer" zu Gunsten der Rente. Diese Steuer zahlt nicht der Erblasser, sondern der Erbe und zwar in einem Augenblicke, wo er einen reinen Gewinn macht. Eine Höhe von 1—5 v. H., je nach Größe der Erbschaft, genügt. Geht der Nachlaß nach außen, d. h. an nicht rentenberechtigte Personen, so muß die Steuer allerdings erhöht werden, etwa in dem Spielraum von 5 bis 20 v. H. Dieser letzte Abzug zu Ungunsten fremder Erben muß

m. E. unter allen Umständen gesetzlich festgelegt werden, denn es handelt sich hier nicht um die Interessen von vielleicht zwei oder drei Erben, sondern um die Interessen der Gesamtfamilie, aus deren Mitte das vererbte Vermögen schließlich stammt.

Die Sparfunktion der Rente kann aber noch in sehr wesentlicher Weise erweitert werden, indem nämlich ein zweiter Sparabzug gemacht wird, der bei Ableben des Rentenberechtigten als Kapital an seine Erben fällt. Auch dieser Sparzwang wirkt automatisch.

Man halte nicht entgegen, daß es sich bei solchen Ersparnissen immer nur um geringe Summen handeln könnte, die da zusammenkämen. Gewiß, bei kleiner Rente und vielköpfiger Familie trifft dies zu, aber ist nicht dann gerade jeder Taler doppelt willkommen, doppelt wertvoll? Eine Grenze nach unten wird erst durch die Verwaltungskosten gezogen, wenn die Rente derartig atomisiert ist, daß die Einkünfte aus ihr zu den Verwaltungskosten in keinem Verhältnis stehen. Wann dies zutrifft, richtet sich nach kaufmännischer Erfahrung und kann hier nicht allgemein angegeben werden. Gesetzlich könnte bestimmt werden, daß zunächst durch Fortfall des zweiten Abzugs für Ansparung einer Nachlaßmasse Hilfe versucht werden muß, bevor die Zahlungen an die Rentenberechtigten eingestellt werden. Diese Bestimmung müßte jedoch wie die meisten dispositiv sein, so daß sie durch Gründungsbestimmung ausgeschaltet werden kann.

Verfügung unter Lebenden darf dem Rentenberechtigten, von dessen Rente diese Kapitalien abgespart werden, nicht zustehen, wohl aber Verfügung von Todes wegen. Einmal trifft für die Mehrzahl aller Fälle zu, daß die Eltern testamentarisch das Richtige für ihre Kinder anordnen, darum wird den Eltern auch die Verfügung anvertraut werden dürfen. Umsomehr muß dies sein, wenn der Rentenberechtigte ohne Nachkommen stirbt, er vielleicht für Verwandte hat sparen müssen, zu denen er in keinerlei gutem Verhältnis steht. Berücksichtigt man, daß der vorgeschlagene Abzug nur den Zweck hat, die Rente nicht in das Ungemessene wachsen zu lassen und zugleich einen gewissen Kapitalnachlaß zu schaffen, muß man das freie Testierrecht mit in Kauf nehmen, denn die Hauptsache bleibt, daß bei Lebzeiten gespart und nicht verschwendet wird.

Die Abzüge müssen genau umgekehrt abgestuft werden, wie die Abzüge zur Vermehrung der Rente selbst, etwa in folgender Art: Für

die ersten Fünfhundert Mark der Rente 5 v. H., für die zweiten 6 v. H., für das zweite Tausend 7 v. H., für das dritte Tausend 8 v. H. usw., bis zu 100 v. H. Beliefe sich also die Rente eines Berechtigten auf 95 000 ℳ., so würde das letzte Tausend gar nicht zur Auszahlung kommen, vom vorletzten nur 10 ℳ., vom drittletzten 20 ℳ., vom viertletzten 30 ℳ. usw. Wie man sieht, wirkt dies Sicherheitsventil ebenfalls automatisch und überhebt uns der Verlegenheit, mechanisch eine willkürlich gegriffene Höchstgrenze zu ziehen, die uns an allen Ecken und Enden mit der Kopfzahl der berechtigten Familienmitglieder in Konflikt bringen würde. Da der einzelne Kopfteil sich nach der Zahl der Berechtigten richtet und darum in seiner Größe schwankt, würde eine mechanische Festlegung des Höchstbetrags der Rente zu einer Unbilligkeit führen, wenn die Familie sich stärker vermehrt, die Kopfteile sich entsprechend verkleinern. Die später kommenden Berechtigten würden dann die Rente nicht so groß vorfinden, als sie ohne die Festsetzung eines Höchstmaßes hätte werden können. Man kann sich die Beschränkung des beim Höchstmaß angelangten Berechtigten schon gefallen lassen, aber die Verkürzung der später kommenden Berechtigten, wenn die Familie sich stärker vermehrt hat, ist nicht gerechtfertigt. Darum bleibt es am besten bei der hier vorgeschlagenen Selbstregulierung.

Gegen die technische Durchführbarkeit läßt sich nichts einwenden, sie erfordert einfache kaufmännische Berechnungen, die jeder im Bankfach ausgebildete Buchhalter unter Mithilfe von Tabellen auf das schnellste fertigstellen kann. Es muß immer berücksichtigt werden, daß die Behörde Schuldner und Kontrolleur zugleich ist, eine einfachere und doch staatlich kontrollierte Verwaltung nicht möglich ist.

Das Mobiliarfideikommiß wäre nun folgendermaßen zu denken. Einmal die Sachgesamtheit, sodann das Recht auf die Rente. Der Unterschied zwischen der gewöhnlichen Rente und der fideikommissarischen Rente besteht hauptsächlich in der Unteilbarkeit, indem sie nur einer einzigen Person zusteht, dem Fideikommißerben, und in ihrer Eigenschaft als Tilgungsrente. Das Wertverhältnis von Rente und Fideikommiß wird am besten gar nicht festgesetzt, sondern der Fideikommißbehörde zur Beurteilung überlassen.

Wohl aber kann die Rente teilweise im Dienste des Fideikommißzweckes gebunden werden, indem bestimmt wird, daß der Rentenschuldner einen bestimmten Teil nicht dem Fideikommissar zu freier Verfügung

auszahlt, sondern nur an Dritte auf Anweisung des Fideikommissars, nämlich an alle diejenigen, die aus der Verwaltung des Fideikommisses eine Forderung gegen den Fideikommissar erworben haben, z. B. an den Maler, dem der Fideikommissar einer Gemäldesammlung ein Gemälde abgekauft hat. Auf diese Weise wird bis zu einem gewissen Grade eine leicht durchzuführende Kontrolle des Fideikommissars erreicht. Dies letztere betrachte ich überhaupt als einen Vorzug meines Vorschlages, indem die Vereinigung von Schuldner und Staatsbehörde zugleich die einfachste und billigste Beaufsichtigung des Fideikommissars ermöglicht. Dazu kommt, daß nirgendwo eine bessere Übersicht über das Vermögen und seine Einkünfte gewonnen werden kann, als wenn das Vermögen in einer einzigen einheitlichen Form angelegt ist und diese Form für immer gegen Wechsel und Zufälligkeiten geschützt ist. Was anderswo durch umfängliche Operationen erledigt werden muß, vollzieht sich hier zum großen Teil automatisch. Die Quittungen des Gläubigerfideikommissars und seiner Anweisungsempfänger sind so ziemlich die einzigen Urkunden, die der Schuldner als Belege vorzuzeigen hat und durch deren Vergleichung die Überwachung vollständig durchgeführt wird. Zur Buchführung über sämtliche Fideikommisse Preußens würde, wenn es hoch kommt, ein Dutzend Buchhalter genügen. Als selbstverständlich betrachte ich, daß bei dieser Neuregelung die außerordentliche Kraftverschwendung, die wir heute treiben, indem wir die Oberlandesgerichte mit den Geschäften der Fideikommißbehörde belasten, aufhört. Wir können die Sache billiger haben.

§ 3.

Rente und Verschuldungsgrenze.

Nach Vorstehendem ist klar, worauf in der Hauptsache meine Vorschläge hinaus wollen, auf die Verbindung von Eigentumsrecht und Rentenberechtigung. Diese Verbindung ist in verschiedener Weise möglich.

1. Ungebundenes Eigentum und Kopfrente. Der Eigentümer hat als Mitglied einer rentenberechtigten Familie einen Kopfteilsanspruch auf die Rente. Dieser Fall bietet nichts Besonderes. Der Rentenberechtigte ist zufällig Eigentümer eines Landguts oder der Eigentümer eines Landguts ist zufällig rentenberechtigt. Die Einnahme aus der Rente unterscheidet sich von sonstigen periodischen Einnahmen nicht.

2. Ungebundenes Eigentum und Stammrente geben gleichfalls keinen Anlaß zu besonderer Erörterung. Immerhin besteht in beiden Fällen

der Vorteil, daß dem Grundeigentümer eine niemals ganz zu verstopfende Quelle barer Einnahmen zusteht, mit deren Hilfe er etwaige Ausfälle in der Wirtschaft decken kann. Bietet die Stammrente die Möglichkeit, die Rente selber auf einer gewissen Höhe zu halten, so hat die Kopfrente den Vorzug, daß sie von jedem Berechtigten immer neu und originär erworben wird, ohne Belastung durch die Vorfahren.

3. Gebundenes Eigentum und Rente. Verschuldungsgrenze. Die Verschuldungsgrenze ist das Kleinere gegenüber dem Fideikommiß und darum sei mit ihr begonnen. Es sind zu scheiden der teilweise verschuldbare, aber veräußerliche Grundbesitz und der unveräußerliche und beschränkt verschuldbare Grundbesitz. Die letztere Einrichtung scheint wenig empfehlenswert, Bedürfnis für sie besteht nicht und darum wird sie hier nicht berücksichtigt.

Abgesehen von persönlichen Voraussetzungen als Gesundheit, Körperkraft, Kinderreichtum, Fleiß, Unternehmungslust, Sparsamkeit, Klugheit ist die beste Verschuldungsgrenze guter Boden und nochmals guter Boden und zum dritten Male guter Boden. Wird die Lage des Bauernstandes untersucht und als Einteilungsprinzip die Bodenqualität genommen, so wird man im großen und ganzen die alte Erfahrung praktischer Landwirte bestätigt finden, daß schwerer Boden die beste Versicherung gegen schlechte landwirtschaftliche Zeiten ist. Die Verbindung von Rentenberechtigung und Eigentum ist ja selbst bei schwerem Boden höchst wünschenswert und nützlich, eine Lebensfrage aber ist sie dort glücklicherweise noch nicht.

Da nun aber unser schwacher Boden auch bebaut sein muß und wir ein höchst ernsthaftes Interesse daran haben, eine möglichst zahlreiche und in gesicherten Verhältnissen lebende Landbevölkerung zu haben, muß für die Bebauer des leichten Bodens besondere Vorkehrung getroffen werden. Da nützt nun die Verschuldungsgrenze in der bisher vorgeschlagenen Art gar nichts, sie schafft kein Geld dorthin, wo noch keines ist, sie erhält aber auch nicht das etwaige schon vorhandene Geld. Wohlgemerkt, hier wird die Verschuldungsgrenze nur als Bevorzugung einzelner Grundstücke bekämpft, würde man dagegen ganz allgemein bestimmen, daß je nach der Güte des Bodens jedes Landgut ausnahmslos nur bis zur Hälfte oder ansteigend bis zu zwei Dritteln oder allenfalls drei Vierteln des Ertragswertes verschuldet werden könnte, so wäre dagegen nichts einzuwenden. Das bedeutet nur eine Anpassung der

Pfandhaftung an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Gutes. Von einer solchen Bestimmung kann man sich vielleicht schon eher etwas Gutes versprechen, die allgemeine Gesundung des Landgütermarktes, und darum sei diese Maßregel nachdrücklich der Prüfung empfohlen. Man soll nicht dagegen einwenden, daß sie umständliche Feststellungen des Wertes der einzelnen Güter notwendig mache u. dergl. Wer es ernstlich wohl meint mit der Landwirtschaft, darf sich nicht hinter solchen Gründen verschanzen, zudem trifft dieser Einwand auch die Verschuldungsgrenze einzelner Grundstücke. Wäre letztere jedoch als ein für alle Male feststehender Bruchteil des Ertrags- oder des Verkaufswertes gedacht, so verdiente sie vollends keine Empfehlung, weil dann die Gefahr besteht, daß die Verschiedenheit des Bodens nicht genügend berücksichtigt wird. Einmal fordert auf leichtem Boden der Landbau viel mehr Arbeit im Verhältnis zum Ertrage als auf schwerem Boden und ferner ist die Gefahr der Mißernten viel größer. Dazu kommen die Absatzverhältnisse, größere Häufigkeit von Hagelschlägen oder Überschwemmungen usw.

Ist die fakultative Verschuldungsgrenze unannehmbar, weil sie durch die Konkurrenz des frei verschuldbaren Bodens auf dem Landgütermarkte ihres Einflusses beraubt wird, so ist die mechanisch auf einen bestimmten Wertbruchteil festgesetzte Verschuldungsgrenze zu bekämpfen, weil sie den individuellen Verhältnissen des einzelnen Landguts nicht gerecht wird.

Sie wird aber auch nicht den individuellen Verhältnissen des Eigentümers gerecht und dies ist ein zweites schweres Bedenken. Wer mit dem Gelde von guten Freunden oder Verwandten kauft, hat von der Verschuldungsgrenze keinen Vorteil, denn in solchen Fällen entscheidet über sein Wohlergehen seine gesamte Vermögenslage, nicht die Verschuldungsgrenze, und das muß der fakultativen Verschuldungsgrenze nachdrücklich entgegen gehalten werden, daß sie für die Gesamtlage des dem Eigentümer zustehenden Vermögens ohne jeden Einfluß ist.

Uns tut etwas ganz anderes not, nämlich die Fürsorge für gesicherte Einnahmen neben schwachem Boden. Nicht die fakultative Verschuldungsgrenze, sondern Kapital ist notwendig. Selbstverständlich kann ich kein Kapital dahin schaffen, wo keines ist, das muß vielmehr auf schwerem Boden erworben worden sein, aber es läßt sich dauernd ein sicheres Mindestmaß von Vermögen mit dem Eigentum an einem

Landgut verbinden durch Begründung einer ewigen, mit dem Eigentumsrecht verbundenen, unteilbaren Rente, die selbstverständlich eine Amortisationsrente und bis zur Erreichung eines gewissen Mindestbetrages auch eine Sparrente sein muß. Die Hypotheken sollen durch die Rente weggefressen werden. Mit Hilfe der Rente läßt sich für jedes Gut eine fakultative, dem Gute wie den Vermögensverhältnissen des Eigentümers angepaßte, individuelle Verschuldungsgrenze schaffen, die dann allerdings ganz anders aussieht als die bisher von anderer Seite vorgeschlagene. Für jedes Gut muß die wirtschaftlich erträgliche Belastungsgrenze festgestellt werden, auf schwachem Boden beträgt sie etwa die Hälfte, während auf gutem Boden mehr gewagt werden kann. Wird mit dem Eigentum eine Rente verbunden, die nur gerade eine bis zur Hälfte des Gutswertes reichende Hypothek verzinsen und amortisieren kann, so wird die Verschuldbarkeit noch nicht beschränkt; erst wenn und soweit die Rente eine hypothekarische Belastung von mehr als die Hälfte verzinsen und tilgen kann, wird auf diesen Mehrbetrag und auf die Hälfte des Grundstückswerts die Belastung ausgeschlossen und der Hypothekengläubiger lediglich an die Rente verwiesen. Je höher die Rente reicht, desto mehr wird die Verschuldbarkeit eingeschränkt, sodaß sich die Verschuldungsgrenze auf das genaueste den Vermögensverhältnissen des Eigentümers anschmiegt.[15])

Dieser Gedanke läßt sich auch in anderer Weise durchführen. Läßt man nämlich die Belastung bis zur Hälfte als wirtschaftlich noch erträglich gelten, so besteht von dieser Auffassung aus nur ein Interesse, die Belastung der zweiten Hälfte zu hindern und dem Eigentümer genügendes Betriebskapital zu sichern. Dann genügt eine Rente, die das Betriebskapital und eine bis zur Hälfte des Grundstückswertes reichende Belastung verzinst und tilgt. Das Grundstück kann bis zur Hälfte belastet werden, mit zunehmender Rente wird die Verschuldungsgrenze kleiner.

Eine dritte Möglichkeit ist, die Verschuldungsgrenze da zu setzen, wo die Rente aufhört, mag die Rente auch noch so klein sein. Hat

[15]) Wie man sieht, geht die hier vorgeschlagene Verschuldungsgrenze von dem Streben aus, die mangelhafte Güte des Bodens durch einen gesicherten Rückhalt an beweglichem Kapital zu ergänzen, andere gesetzgeberische Eingriffe halte ich für verfehlt, ja für sehr gefährlich. Insbesondere erscheinen mir alle Maßregeln verfehlt, die nicht grundsätzlich an die verschiedene Bodenqualität anknüpfen.

also das Gut einen Wert von 50 000 ℳ. und kann die Rente vielleicht gerade eine Belastung von 5 000 ℳ. verzinsen und tilgen, so wäre die Verschuldungsgrenze bei 45 000 ℳ. zu setzen. Daß eine solche Grenze zunächst ziemlich gegenstandslos ist, liegt auf der Hand, aber wenn die Rente eine Sparrente ist, so kann es doch noch zu einer praktisch bedeutsamen Beschränkung der Verschuldbarkeit kommen.[16])

Es erscheint am richtigsten, wenn fakultativ diese drei Möglichkeiten offen gehalten werden, man wird ja sehen, was sich in der Praxis am besten bewährt. Selbst in dem Falle, daß die reine Verschuldungsgrenze beliebt werden sollte, läßt sich meinem Vorschlage noch eine gute Seite abgewinnen. Man gestattet die hypothekarische Belastung des Landguts, aber nur zum Zweck des Rentenerwerbs: durch die Rente und einen vom Eigentümer zu leistenden Zuschuß wird die Hypothek verzinst und getilgt, sodaß schließlich die unverschuldete Rente übrig bleibt und eine reine Vermögensvermehrung bildet. Die Größe der Hypothek würde sich nach der Ertragsfähigkeit des Gutes richten, nach dem, was voraussichtlich der Eigentümer von seinen Einkünften entbehren kann, um den Unterschied zwischen Rente und Zins nebst Tilgungszuschlag zu decken. Es würde also die reine Verschuldungsgrenze in dem Sinne, wie sie bisher immer vorgeschlagen worden ist, dazu benutzt werden, um eine Verschuldungsgrenze nach meinen Vorschlägen zu schaffen. Die reine Verschuldungsgrenze würde aber nur zu diesem Zweck angewandt werden und nicht allgemein zur Geltung kommen. Solange die Verschuldungsgrenze die Aufnahme von Hypotheken erlaubt, um Abfindungen oder Restkaufgelder zu bestreiten, ist sie für mich wenigstens nicht annehmbar, sie erscheint mir nur dann zulässig, wenn sie benutzt werden soll, um zu dem Eigentumsrecht noch eine Rente hinzu zu gewinnen.

Selbstverständlich ist auch darauf Bedacht zu nehmen, daß ein Teil des an der Rente einbehaltenen, durch den Rentenberechtigten Er-

[16]) Nach dem Gesagten ist es eigentlich selbstverständlich, sei aber zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich betont, daß der Eigentümer insofern über die Rente verfügen darf, als er sie verpfänden darf. Er darf sie natürlich über ihre Amortisationsfähigkeit hinaus verpfänden, er darf sie auch mehrfach verpfänden. Entweder wird durch freiwillige Abzahlungen alles rechtzeitig in das Geleise gebracht oder über der Tilgung der älteren Schuld tritt die Verjährung der jüngeren Schuld ein und nach vollendeter Verjährung kann Tilgung des Pfandvermerks im Staatsschuldbuch verlangt werden.

sparten nicht auf die Rente selbst verwandt wird, sondern bei dem Tode des Rentenberechtigten kapitalisiert als freies Vermögen an seine Erben fällt.

Ist die mit dem Eigentum verbundene Rente so groß, daß sie trotz aller Abzüge eine den vollen Wert des Gutes erschöpfende Belastung verzinst und tilgt, so kann der Eigentümer Umwandlung in ein Fideikommiß beantragen und sein Gut unveräußerlich machen. Dadurch wird es möglich gemacht, daß auch kleinere Güter fideikommittiert werden können und mittlere und kleinere Landwirte an den Vorteilen des Fideikommisses Teil gewinnen. Dieser Umstand dürfte geeignet sein, manche Einwendungen gegen das Fideikommißrecht zu entkräften.

Es besteht aber eine Gefahr, nämlich daß unter dem Deckmantel eines scheinbaren Grundfideikommisses ein reines Geldfideikommiß eingeführt wird, wenn Landgut und Rente in ihrem Werte in keinem Verhältnis stehen. Dieser Gefahr kann dadurch begegnet werden, daß einmal der Begriff des Landguts im Gegensatz zum landwirtschaftlichen Grundstück strenge festgehalten wird, also ein mit Wirtschafts- und Wohngebäuden bestandenes, mit Acker oder Wald ausgerüstetes Anwesen gefordert wird. Sodann muß als Höchstgrenze der ungeteilt zu vererbenden Rente der Betrag festgesetzt werden, der nach Abzug der beiden Sparrücklagen eine den vollen Wert des Landguts erschöpfende Belastung verzinsen und tilgen kann. Aller Überschuß der Rente kommt nicht zur Auszahlung, sondern fließt den Sparrücklagen zu und wird, da die Sparrücklage zur Vermehrung der Rente gegenstandslos ist, zur Kapitalansammlung zu Gunsten der Erben verwandt. Hier bewährt es sich, daß die Rente ihren Regulator in sich trägt.

Eine andere Gefahr besteht darin, daß der Eigentümer die Rente zwar nicht allein, aber zugleich mit dem Landgut veräußern kann. Solange wir nicht, um die Rente der Familie zu erhalten, das Landgut für unveräußerlich erklären, wird diese Gefahr nicht zu vermeiden sein. Als Gegenmittel sind folgende denkbar: Zunächst die Bestimmung, daß bei Veräußerung des Landguts die Zustimmung gewisser Verwandten einzuholen ist, und diesen ein Vorkaufsrecht zustehen solle. Das Zustimmungsrecht scheint unerläßlich, denn die gesicherte Stellung, die der Eigentümer seiner Rente verdankt, ist doch zum guten Teile auf Kosten der übrigen Familienangehörigen geschaffen worden, der veräußernde Eigentümer gibt also etwas fort, was

er nicht bloß sich selber verdankt. Wenn wir hinzufügen, daß nach dem Anerbenrecht oder dem Primogeniturrecht, dessen ein solches Landgut gar nicht entraten kann, jeder Anverwandte auch ein Anwärter auf das Gut ist, so bringen wir damit nur abermals zum Ausdruck, daß der Eigentümer bei seiner Veräußerung nicht bloß über seine eigenen, von ihm herstammenden Vermögenswerte verfügt, sondern auch über die seiner Anverwandten. Eine andere Möglichkeit wäre, die Veräußerung des Landgutes, aber ohne die Rente zu gestatten, dann aber hätte der Eigentümer es in der Hand, jederzeit aus der ungeteilten Rente eine teilbare Kopfrente zu machen. Dies ist unannehmbar.

Die Ansprüche der abfindungs- und ausstattungsberechtigten Angehörigen sind standesmäßig zu bemessen; allgemeine Regeln können an dieser Stelle erlassen werden, der Vollständigkeit halber sei jedoch auf das zu dem Grundfideikommiß bemerkte verwiesen.

Will man sonst noch etwas tun, so ändere man die Praxis der Generalkommissionen dahin, daß sie nach Möglichkeit den Bauern helfen, sich von ihrem Sande zu befreien. Sand macht mindestens nicht reich, dies hat der Kampf gelehrt, den ein solches landwirtschaftliches Genie wie Schultz-Lupitz mit seinem Sandboden ohne den entsprechenden wirtschaftlichen Erfolg lange Jahre hindurch geführt hat, während Heine-Hadmersleben auf seinem schweren Boden in derselben Zeit ein reicher Mann wurde. Ja man darf sagen, je mehr Sand, desto ärmer der Bauer, denn weiter abliegende sandige Außenschläge richten ihn viel unwiderstehlicher zu Grunde als schwere Außenschläge. Der Bauer wird sich immer besser befinden, wenn er weniger Sand und mehr Kapital hat, nur muß dieses Kapital so fest angelegt sein, daß es ihm nur mit dem Hofe verloren gehen kann, und so kommen wir immer wieder auf die Notwendigkeit der Verrentung zurück. Auf einem nahe beim Hofe gelegenen, nicht zu umfangreichen, wenn auch sandigen Boden kann der Bauer bei Hackfrucht- und Gemüsebau immer noch besser bestehen, als wenn er einige Säcke voll Sand mehr sein eigen nennt und diese mit kostspieligen Gespannen bearbeiten muß. Die Rentabilitätsgrenze der Außenschläge wird eben bei Sandboden viel früher erreicht, als bei fruchtbarer Erde, d. h. Güter schweren Bodens dürfen größer sein als solche leichten Bodens, und es ist ein wahres Danaergeschenk, für eingetauschten guten Boden bei der Verkoppelung ein größeres Ausmaß Sandboden wiederzugeben. Weniger Sand und

mehr Kapital wäre besser, und auf das frei werdende Land müßten noch ein oder einige Bauern mehr angesetzt werden, oder dasselbe müßte als Gemeindewald oder als fiskalischer Wald oder als Allmende genutzt werden.

§ 4.

Grundfideikommiß.

Außer der folgerichtig zum Fideikommiß fortentwickelten Verschuldungsgrenze ist noch eine zweite Art des Fideikommisses vorzusehen. Das Bedürfnis, das Grundeigentum durch eine Rente zu decken, wird geringer, je größer der Grundbesitz ist. Bei großem Grundbesitz wird der Fideikommißbesitzer, wenn er zu Verbesserungen, Anforstungen, neuen Betriebseinrichtungen Geld bedarf, dies Geld leicht durch Verpachtung eines Teiles seines Grundbesitzes an einen kapitalkräftigen Pächter gewinnen können. Derartige Ausgaben müssen nicht an einem Tage gemacht werden, sondern ziehen sich über eine längere Zeit hin und können daher sehr wohl aus periodischen Einnahmen angespart werden. Ferner würden größere Güter in ungerechtfertigter Weise von der Fideikommittierung ausgeschlossen werden, wenn unbedingt daran festgehalten würde, daß eine mindestens dem Grundstückswert gleichkommende Kapitalmasse zur Verrentung angelegt werden müßte.

Jedoch kann nicht genug betont werden, daß wir den einzelnen Familien einen sehr zweifelhaften Dienst erweisen, wenn wir ihnen die Fideikommittierung zu sehr erleichtern, ohne daß für die ausreichenden mobilen Mittel Vorsorge getroffen ist. Es ist zu beachten, daß schließlich jede Familie unter Ausnutzung der Sparrente genügend große mobile Mittel sammeln kann, um ein gesichertes Fideikommiß zu gründen. Durch größere Anforderungen in bezug auf die Höhe der Rente wird die Fideikommißbildung nicht ausgeschlossen, sondern nur verschoben, und zwar bis zu dem Zeitpunkte, wo die Rente genügende Kapitalien angesammelt hat. Da diese Entwicklung sehr beschleunigt werden kann, indem der Begründer der Rente bestimmt, daß die Sparabzüge besonders hoch sein sollen, höher als hier angenommen, ist vollends kein Grund vorhanden, die Fideikommittierung früher zuzulassen, als bis für die genügenden flüssigen Kapitalien gesorgt ist. Durch die Verschuldungsgrenze ist inzwischen für die dringendsten Bedürfnisse gesorgt.

Unter Schonung der schon bestehenden Fideikommisse muß man also für die neu zu gründenden Fideikommisse nach Möglichkeit daran festhalten, daß ein gesichertes Mobiliarvermögen neben dem Fideikommiß bestehe. Lieber etwas weniger Land und etwas mehr Kapital, als viel Land, aber kein Geld. Je intensiver die Wirtschaftstechnik wird, desto mehr Kapital muß dem Landwirt zur Hand sein, der Kapitalbedarf wird sich nicht verringern, sondern nur vermehren. Die vom Entwurf vorgesehene Verbesserungsmasse (§ 61) genügt nicht, ihr mangelt es vor allen Dingen an einem ausreichenden Zwangsapparat. Nach dem Entwurf sieht es so aus, als ob aus der Landwirtschaft solche Einkünfte erwartet werden könnten, daß der Fideikommißbesitzer allen an ihn zu stellenden Anforderungen schon mit seinen Einkünften aus der Landwirtschaft gerecht werden könnte. Ich fürchte, daß dies eine verhängnisvolle Täuschung ist. Der Entwurf sieht die Ausrüstung des Fideikommisses mit Kapital noch in einer anderen Weise vor, indem er fordert, daß bei der Begründung des Fideikommisses zwei Stiftungen, eine Abfindungsstiftung und eine Ausstattungsstiftung errichtet werden. Die Verwandten werden mit allen ihren Ansprüchen lediglich an diese beiden Stiftungen verwiesen (§ 103). Dies hat den Vorzug reinlicher Scheidung und den Nachteil der Ungerechtigkeit. Der Fideikommißbesitzer verfügt vielleicht über die großartigsten Mittel, während die Stiftungen völlig unzureichend sind. Durch die Bestimmung, daß der Fideikommißbesitzer den in § 98 III bestimmten sechsten Teil seiner Gesamteinkünfte zur Auffüllung der Stiftungen abzuführen hat, wird nicht genügend ausgeglichen, und daß überhaupt ein Konkurs der Stiftungen vorgesehen ist (§ 108), ist bezeichnend. Dazu kommt die schon oben gerügte Schwerfälligkeit der ganzen Einrichtung.

Warum hat man nicht die Bestimmung des § 102 zur allgemeinen Regel erhoben? Die Abfindung muß stets in Rentenform gewährt werden. Es ist doch zu erwarten, daß die Verwandten des Fideikommißbesitzers sich dem Staatsdienste oder den wissenschaftlichen Berufen in irgend einer Form vorzüglich widmen werden, jedenfalls weist die Erziehung sie nur ausnahmsweise auf geschäftliche und gewerbliche Berufe; da ist nach dem schon früher Bemerkten nicht das dem Verluste ausgesetzte Kapital, sondern die Rente die allein zweckdienliche Form der Vermögensanlage. Für die Abfindung besteht

nicht das mindeste Bedürfnis nach verfügbaren Kapitalien, sondern nur ein Bedürfnis nach Rente.[17]) Somit wird die Abfindungsstiftung schon überflüssig. Etwas anderes ist es mit der Ausstattung, hier besteht ein gewisser Kapitalbedarf, aber nur in verhältnismäßig bescheidenem Maße. Für dies Kapital zu sorgen können wir getrost dem Fideikommißbesitzer selber überlassen, der Familienehrgeiz wird in dieser Beziehung schon den wirksamsten Antrieb darstellen. Überdies entstehen solche Ausstattungspflichten nicht über Nacht, sondern können schon lange vorhergesehen und vorgesehen werden. In der Verpfändung der Rente hat der Fideikommißbesitzer genügende Mittel, um unvermutet auftauchenden berechtigten Ansprüchen nachzukommen. Dementsprechend wird hier vorgeschlagen, daß alle Ausstattungs- und Abfindungsansprüche gegen den Fideikommißbesitzer persönlich gehen sollen, der sie nach Maßgabe seines gesamten Vermögens zu befriedigen hat. Er kann sie insbesondere dadurch befriedigen, daß er einen Teil seiner Rente abtritt, ja die Abfindungsberechtigten können Überweisung eines entsprechenden Teils der Rente verlangen. Wir sparen uns auf diese Weise die Stiftungen nebst dem Stiftungsvorstand und dem Stiftungskonkurs, überlassen alles der Austragung zwischen den Beteiligten und gewinnen dadurch einen einheitlichen Ausbau des Fideikommißwesens.

Schwieriger ist die Festsetzung des Mindestmaßes für das Rentenkapital. Auf der einen Seite kann an dem Rentenkapital nachgelassen werden, denn die Größe des Immobiliarvermögens gibt für das Rentenkapital einen Ersatz, andererseits, je größer das dem Fideikommissar zukommende Immobiliarvermögen ist, desto mehr Vermögen wird durch die Primogenitur den Verwandten entzogen, desto mehr müssen ihre Ansprüche wachsen. Bevor dieser Frage näher getreten wird, muß festgestellt werden, wie groß das Mindestmaß ländlichen Grundbesitzes sein darf, damit angenommen werden kann, daß das, was an dem Rentenkapital fehlt, durch die Größe des Grundbesitzes

[17]) Soweit meine eigenen Beobachtungen reichen, bewährt sich die Rente als Abfindungsform vorzüglich. Jedenfalls da, wo ich sie funktionieren sehe, ist es ein wahres Glück, daß die jüngeren Geschwister rentenberechtigt noch immer sind und nicht vor langen Jahren einmal kapitalberechtigt waren. Überdies wird in wirklichen Bedarfsfällen bei normalen Familienverhältnissen eine Kapitalabfindung meistens in gütlicher Einigung sich durchführen lassen, auf Anomalien des Familienlebens brauchen wir unsere Gesetze aber nicht zuzuschneiden.

gedeckt wird. Da nun irgend eine Grenze gezogen werden muß, kann die von dem Entwurf § 2 gezogene sehr wohl angenommen werden, wonach ein Jahreseinkommen von mindestens 10000 ℳ. aus Grundbesitz verlangt wird.

Die Höhe des Rentenkapitals müßte wohl auf Grund folgender Erwägungen festgestellt werden: Einmal muß Deckung für mindestens eine Mißernte da sein, ebenso für den Verlust an einem plötzlichen Viehsterben und für denjenigen Verlust bei Brandschäden, der von den Versicherungsgesellschaften nicht getragen wird, z. B. weil das Getreide nicht eingefahren werden kann und daher fault usw. Vielleicht ist es auch rätlich, durch die Rente Deckung für die Prämienzahlungen für die verschiedenen Versicherungen zu schaffen. Nachdem diese Forderungen gedeckt sind, müßte das Rentenkapital noch mindestens gleich der Hälfte des Grundstückswertes sein. Als Grundlage dient hierbei die Annahme, daß für die abfindungs- und ausstattungsberechtigten Verwandten des Fideikommisses ein Drittel seiner Einnahmen zur Verfügung stehen muß. Sollen diesem die Einkünfte aus dem Fideikommiß rein zukommen, so müssen sie sich zu dem Renteneinkommen verhalten wie zwei zu eins.

Die Sparabzüge können in der oben vorgeschlagenen Höhe bleiben. Würde die hier vorgeschlagene Höhe des Rentenkapitals nicht für gut befunden, so muß immer in Rücksicht gezogen werden, daß die Rente so groß sein muß, um allen an sie zu stellenden Anforderungen zu genügen und *außerdem noch einen Sparabzug zu liefern*. Dieser Sparabzug ist bei meinem Vorschlag nicht ausdrücklich eingesetzt, steckt aber in dem Ansatz für Mißernte und Brandschaden usw., da eben nicht jedes Jahr eine Mißernte oder Brand usw. bringt.

§ 5.

Schlußbemerkungen.

Die im Vorstehenden dargelegten Ausführungen sind nur Skizzen und sollen es auch nur sein. Den Einzelheiten, besonders auch dem Stammhausfideikommiß, näherzutreten ist erst dann angebracht, wenn für das Grundsätzliche meiner Vorschläge genügend Stimmung ist. Zum Überfluß wird mir jetzt durch die knappe Zeit ein weiteres Eingehen auf die Sache abgeschnitten.

Meine Vorschläge gehen an verschiedenen Stellen, z. B. bei der Verschuldungsgrenze über die Zuständigkeit des Landesrechts hinaus; es wird sich aber, falls der von mir für die Rente entwickelte Gedanke überhaupt richtig ist, ein Eingreifen des Reichs nicht umgehen lassen, da dem hier dargelegten Bedürfnis des Mittelstandes die Staatsschuldenverwaltungen allein nicht genügen können, weil sie sonst zu sehr eingeengt werden würden. Hier kann und muß das Reich helfend einspringen, und wenn es auch nur geschieht, um die notleidenden dreiprozentigen Reichsschuldverschreibungen von ihrem elenden Dasein zu erlösen.

Nachtrag.

Ein nach Übergabe dieses Aufsatzes an die Druckerei in den Jahrbüchern für Nationalökonomie Bd. 26 S. 507ff. erschienener Aufsatz Conrads nötigt mich zu einigen Gegenbemerkungen.

1. Conrad erklärt es für ein oberflächliches Argument der Begründung, daß die Versuche, die Fideikommisse zu beseitigen, stets nur vorübergehenden Erfolg gehabt hätten, und er will diese Erscheinung auf eine richtige Klassengesetzgebung zurückführen (S. 508). Gesetzt, es sei so, so muß doch immer berücksichtigt werden, daß niemals Fideikommisse allgemein durch Gesetz unmittelbar eingeführt worden sind. Vielmehr gewährt die Gesetzgebung nur die Möglichkeit, daß der einzelne Staatsbürger Fideikommisse stifte. Aus dieser Erwägung heraus ist denn auch die Erhaltung der Fideikommißgesetzgebung zu erklären, indem ruhige, politische Überlegung anerkannte, daß Fideikommißstiftung eine interne Angelegenheit der einzelnen Familie ist.[18]) Wer auf seinen Anteil am Familienvermögen verzichten will, wird es nach dem von Conrad gewiß anerkannten Grundsatz der persönlichen Freiheit schließlich doch wohl dürfen. Conrad will dies aber nicht erlauben.

[18]) Conrad vergißt, daß die Einrichtung der Fideikommisse aus immer wiederholten Rechtsgeschäften einzelner Familien hervorgegangen ist, die Gesetzgebung erst den Rechtsgeschäften nachgefolgt ist. Die Fideikommisse beruhen auf dem freien Willen der beteiligten Familien, und wenn diese Familien nicht einmütig in dieser Frage gewesen wären, wären die Fideikommisse sicher nicht so lebenskräftig geworden. Gegen den dauernden Widerstand der zurückgesetzten Agnaten hätten sich die Fideikommisse sicher nicht gehalten. Conrads Fürsorge für die Agnaten wird von diesen gar nicht gewünscht.

Er greift somit geradezu in die freie Entschließung der verzichtsbereiten Familienangehörigen ein. Darum ist auch sein zweiter Vorwurf (S. 508), daß der Verfasser der Begründung noch oberflächlicher über die Lieblosigkeit der Fideikommißstiftung hinweg gegangen sei, nicht berechtigt: Wenn die Familienangehörigen sich dieser Lieblosigkeit unterwerfen wollen, so sollte man meinen, daß dritte, auch Conrad, nichts dareinzureden hätten. Solange Conrad nicht den Beweis bringt, daß die fideikommissarische Bindung in den Familien und der Verwandtschaft der Fideikommißbesitzer allgemein oder doch wenigstens überwiegend oder doch wenigstens zu einem erheblichen Teile als lästig und ungerecht empfunden wird, so lange fehlt m. E. für alle übrigen Menschen jede Veranlassung, sich über die Lieblosigkeit aufzuhalten. Conrad berücksichtigt auch nicht, daß bei ernstlichem gutem Willen jede Familie ihr Fideikommiß allodifizieren und so den Zustand nach Conrads Herzen herstellen kann. Die Beteiligten wollen eben nicht.

2. Unverständlich ist es von Conrads Standpunkt, daß er es als Fehler des Entwurfes betrachtet, daß die Fideikommisse wegen der vorgesehenen Mindestgrenze schon den Familien des mittleren Bürgerstandes zugute kommen (S. 509). Nach seiner Befürchtung wird dadurch die Ausdehnung des gebundenen Grundbesitzes in einer „äußerst bedenklichen Weise" ermöglicht. Zunächst wächst kein Baum in den Himmel, ferner kann eine allgemeine Redewendung nicht als reeller Beweis genommen werden, und zum Überfluß ist die Stabilisierung der Landwirte aller Stufen dringend wünschenswert. Grade die mittleren Gutsbesitzer können sich den Luxus des Absentismus nicht leisten und sind daher in vorzüglicher Weise geeignet, die Stabsoffiziere der Landwirtschaft zu sein.

3. Conrad (S. 510) operiert natürlich auch mit der Gefahr der Latifundienbildung. Die Darlegungen von Partsch haben die unübersteiglichen Grenzen der Latifundienbildung schon erwiesen. Dazu kommt die schon in Mecklenburg gemachte Erfahrung, daß der Leutemangel ebenfalls dem Latifundienwesen ein gebieterisches Halt entgegenruft. Die durch vorzügliche Bodenqualität gewährleistete Sicherheit und Unabhängigkeit des kleineren und mittleren Besitzers und der Leutemangel werden auch ohne gesetzgeberische Nachhilfe dafür sorgen, daß es nicht zur Latifundienbildung kommt. Sollten sich aber die Großgrundbesitzer auf den Erwerb weiter Sandstrecken werfen, so ist darin mit dem besten Willen kein Nachteil zu erblicken.

4. Conrads Ausführungen (S. 511) über die im „Husarensattel" erworbenen landwirtschaftlichen Kenntnisse der Fideikommißbesitzer und über die „geborenen notleidenden Landwirte" gehören in politische Tageszeitungen. Er möge sich doch einmal klar machen, wie gering verhältnismäßig die Zahl sämtlicher deutschen Reiteroffiziere, und wie viel geringer noch der Anteil ist, den die nur auf einige Jahre diensttuenden Fideikommißbesitzer darstellen. Gewiß sind unter ihnen einzelne Erscheinungen übelster Art. Aber wenn man ihre Zahl zu der Zahl aller deutschen Landwirte in Verhältnis setzt, kommt eine so bescheidene Ziffer heraus, daß man in wissenschaftlichen Zeitschriften mit Argumenten dieser Art überhaupt nicht kommen sollte.

5. Conrad ist durchaus zuzustimmen, daß die technische Entwicklung der Landwirtschaft auf Verkleinerung der einzelnen Betriebe hindrängt; die Abstoßung der Außenschläge wird voraussichtlich und hoffentlich immer mehr zunehmen. Dies braucht aber durch eine verständige Fideikommißgesetzgebung nicht verhindert zu werden. Wird z. B. dafür gesorgt, daß der Erlös für die Außenschläge zur Anlage von Fideikommißkapitalien, besonders in der von mir vorgeschlagenen Weise als Rente, verwandt wird, so kann die Abstoßung sehr erleichtert werden. Überdies würde eine Bestimmung, daß ein Mindestmaß von mobilem Fideikommißkapital, entsprechend meinen Vorschlägen, mit dem Fideikommiß verbunden würde, schon von selber dafür sorgen, daß weniger Land und mehr Kapital gestiftet wird. Auch wird, wenn die Notwendigkeit, die Güter zu verkleinern, wirklich so groß wird, wie Conrad behauptet, schon die harte wirtschaftliche Not für die Verkleinerung der Betriebe sorgen. Not bricht Eisen und noch ganz andere Bedenken, als die Conrads.

6. Conrads Behauptung (S. 516), daß in verschiedenen Provinzen schon zu viele Fideikommisse vorhanden seien, ist nichts, als eine Behauptung. Noch niemand hat nachgewiesen, daß grade diese Fideikommisse schädlich gewesen seien. Im übrigen verweise ich auf das oben S. 184 ff. bemerkte.

7. Conrad (S. 520) behauptet, die Fideikommisse ständen in Widerspruch zu den Erfordernissen der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gegenwart. Gegenüber dieser Behauptung ist nochmals auf die klassischen Darlegungen Partschs über den oberschlesischen Sandboden und den Waldbau zu verweisen. So lange Conrad nicht nachweist, daß private

Waldkultur auch ohne fideikommissarische Bindung möglich ist, daß insbesondere reine Waldbauern existenzfähig sind, so lange muß **Conrads** Behauptung um so bestimmter die andere entgegengesetzt werden, daß Sandboden und private Waldkultur aus wirtschaftlichen Gründen das Fideikommiß gradezu fordern. **Conrads** ganze Ausführung verrät mit keinem Worte, daß er die große Tragweite, die der Bodenverschiedenheit überhaupt, und für diese Frage ganz besonders, zukommt, erkannt hat. Folgerichtig müßte **Conrad**, da ein Mindestmaß von Waldkultur nicht zu entbehren ist, den Übergang der privaten Waldgebiete, die heute ihren Eigentümern wesentlich durch die Fideikommittierung erhalten werden, in fiskalische Hände befürworten. Also Verstaatlichung des Waldes.

8. Nach **Conrad** stehen die Fideikommisse auch im Widerspruch zu unseren modernen Rechtsanschauungen (S. 520). Umgekehrt, das atomisierende Erbrecht wird vielerseits als ungenügend empfunden. Als Jurist muß ich **Conrad** die Wahrheit seiner Worte auf das schärfste bestreiten. Daß in gewissen politischen Parteien **Conrads** Worte einen lebhaften Widerhall finden werden, ist kein Beweis für ihre Wahrheit.

9. Seinem Wunsche, daß der Fideikommißstempel nicht ermäßigt werden möge, schließe ich mich an.

9.

§ 617 B.G.B.

Von Dr. jur. et rer. pol. S. Schultzenstein in Berlin.

I.

Einleitung.

A. § 617 steht im sechsten, „Dienstvertrag" überschriebenen Titel des siebenten Abschnittes des Rechts der Schuldverhältnisse und lautet:

„Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht.

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist."

§ 617 hat keine Vergangenheit. Dem römischen wie dem gemeinen Rechte sind entsprechende Bestimmungen völlig fremd.[1]) Vorboten finden sich nur in etlichen Gesindeordnungen, im Schweizer Obligationenrecht und in gewisser Beziehung im Krankenversicherungsgesetze.

Auch die Entstehungsgeschichte des § 617 im B.G.B. bis zu seiner heutigen Gestaltung reicht — ein kurzer Gang durch die Materialien zeigt es — nicht weit zurück.

§ 617 ist eine Neuerung der Reichstagskommission. Weder der erste Entwurf, der in seinen acht nach Umfang und Inhalt höchst dürftigen Paragraphen über den Dienstvertrag außer in § 562, dem heutigen § 616, keines der großen sich an den Dienstvertrag knüpfenden wirtschaftlichen Probleme zu lösen auch nur versucht hatte,[2]) noch der zweite Entwurf enthalten entsprechende Vorschriften. Zwar waren in letzterem rein äußerlich aus den acht Paragraphen achtzehn geworden und auch inhaltlich viele soziale Reformgedanken aufgenommen. Vor allem war man jetzt endlich der Frage nach einer Ergänzung der staatlich geregelten Fürsorge für die Arbeiter durch eine gesetzlich angeordnete, dem Dienstberechtigten auferlegte Fürsorge für das körperliche Wohl des Dienstverpflichteten [3]) in ernster Weise näher getreten. Der § 558 — § 618

---

[1]) Man vergleiche auch § 617 mit § 317 II, 8 A.L.R., nach dem die Verpflegung eines kranken Lehrlings aus eigenen Mitteln einem Meister, welcher dieselbe im Vertrage nicht ausdrücklich übernommen hat, „nicht zugemutet werden" kann.

[2]) Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen S. 104; Jacobi im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 4 S. 161; Fuld bei Gruchot Bd. 35 S. 56; Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht S. 247, hat wohl als erster das Fehlen einer dem heutigen § 617 entsprechenden Vorschrift im Entwurfe hervorgehoben und getadelt: „So enthält er denn namentlich auch nicht einen einzigen Rechtssatz, welcher für die mit dem Eintritt in die Hausgemeinschaft verbundenen Dienstverhältnisse etwas besonderes anordnete. Keinerlei Fürsorgepflicht in Krankheitsfällen, wie sie hier z. B. das Schweizer Obligationsrecht Art. 341 Abs. 2 kennt, wird dem Dienstherrn auferlegt." So nach Gierke auch Lotmar im Archiv für soziale Gesetzgebung Bd. 8 S. 35. Die heutige Gestaltung zeigt, wie rückständig Plancks Entgegnung — im Archiv für Zivilistische Praxis Bd. 75 S. 408 — auf diesen berechtigten Vorwurf war.

[3]) Wir wählen wegen seiner Weitläufigkeit nicht den in § 613 B.G.B. gebrauchten Ausdruck „der zur Dienstleistung Verpflichtete", wegen seiner Farblosigkeit nicht die sich in den §§ 615, 618 B.G.B. findende Bezeichnung „Ver-

Abs. 1 B.G.B. in fast gar nicht veränderter Gestalt — war das gewiß nicht unbedeutende Ergebnis.

Weiter war man aber nicht gegangen. Ein Vorläufer des § 617 fehlte noch vollkommen. Allerdings hatte man, wie aus den Protokollen ersichtlich ist,[4]) schon nach dem ersten Entwurfe ziemlich eingehend beraten, ob der Dienstberechtigte, falls der Dienstverpflichtete in häuslicher Gemeinschaft mit ihm lebe, gehalten sein solle, ihm im Erkrankungsfalle Kur und Verpflegung zu gewähren, bezw. die Kur- und Verpflegungskosten zu ersetzen. Diesbezüglich waren auch verschiedene Anträge gestellt worden. Man hatte sie jedoch durchweg abgelehnt.

Wieder aufgenommen — und diesmal mit mehr Glück — wurde die Beratung über § 617 in der Reichtagskommission.[5]) Ihr wurden verschiedene Anträge vorgelegt, dem § 609 — jetzt § 616 — einen zweiten Absatz mit dem Inhalt, den heute § 617 hat, hinzuzufügen. Der Antrag wurde mit allen gegen zwei Stimmen angenommen. Er bekam in § 609a die erforderliche Gesetzesform und wurde auch in der zweiten Lesung unter Ablehnung sämtlicher Abänderungsanträge beibehalten. Ebenso erging es ihm in den Plenarsitzungen des Reichstages. Hier wurde § 609a nochmals einer Beratung unterzogen, in letzter Stunde nochmals manches Bedenken gegen ihn erhoben und nochmals mancher Änderungsantrag eingebracht, ihm aber doch endlich seine ursprüngliche Gestalt gelassen. Als § 617 ging er in das Bürgerliche Gesetzbuch über.

B. Mit Aufnahme der durchgreifenden Bestimmung des § 617 war ein bedeutsamer Gegensatz zu der rückständigen Regelung des Dienstvertrages im ersten und zweiten Entwurf eingetreten. Dem Gedanken, der dieser Vorschrift zu Grunde lag, wurde aber noch ein weiterer Spielraum gegeben. Vor allem stellen die Einfügung des zweiten Absatzes des § 618 und die Schaffung des § 629 hervorragende Neuerungen dar. Erst jetzt darf daher — hauptsächlich dank der Annahme des § 617 —

pflichteter", sondern den Ausdruck „Dienstverpflichteter"; **Dernburg**, Das Bürgerliche Recht Bd. 2 Abt. 2 S. 387, **Planck**, Kommentar Bd. 2 S. 350ff. u. a. nennen ihn „Dienstpflichtiger".

[4]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von **Achilles**, **Gebhard**, **Spahn** Bd. 2 S. 284—289.

[5]) **Reichstagskommissionsbericht** S. 83, 84.

gesagt werden, daß für den Dienstvertrag die Beziehungen zwischen den besitzenden und den besitzlosen Klassen so günstig geregelt sind, als das in den engbegrenzten Schranken der privatrechtlichen Ordnung bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches überhaupt nur möglich war.

C. § 617 ist zweifellos als Eckpfeiler der ganzen Bestrebungen hinsichtlich des Schutzes der Dienstverpflichteten anzusehen. Nicht mit Unrecht sind seine Vorschriften als die „vielleicht wichtigsten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches“ und „als Beweis der modernen, sozialpolitischen Färbung des Gesetzbuchs“ bezeichnet worden.[6])

Man sollte deshalb meinen, daß er einen bevorzugten Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung gebildet hat und noch bildet. Diese Vermutung ist falsch. § 617 hat bisher noch keine seiner Bedeutung entsprechende Behandlung in der Literatur gefunden. Die Lehrbücher über Bürgerliches Recht berühren ihn entweder nur oberflächlich oder bescheiden sich mit einem kurzen Hinweis auf ihn und meist wörtlichem Abdruck. Die Kommentare gehen auf die mannigfaltigen in § 617 sich bietenden Probleme nicht tiefer ein und geben keine endgültige Klärung. Eine Monographie ist noch nicht vorhanden. Auch die bisherige Rechtsprechung gewährt nur eine sehr geringe Ausbeute.

Ebenso steht es mit den Werken, die sich mit dem Arbeiter- und Gesinderechte befassen, mit denen, welche für das Handelsrecht auf § 617 hinweisen, mit denen, welche die Volkswirtschaftspolitik darstellen, und mit denen, welche die Arbeiterkrankenversicherung behandeln. Nur Lotmar hat in dem bis jetzt erschienenen ersten Bande seines großzügigen und tief angelegten Werkes „Der Arbeitsvertrag“ an verschiedenen Stellen den § 617 ausführlicher behandelt, ohne jedoch — wie das im Rahmen eines derartigen Buches auch ganz unmöglich war — alle hier einschlägigen Fragen zu erörtern und den § 617 als Ganzes im Zusammenhange mit verwandten Materien zu betrachten.

Dem gegenüber sucht die nachstehende Abhandlung ihren Gegenstand möglichst erschöpfend zu erledigen. Es ist das Reichsrecht stets da, wo Aufschlüsse von ihm zu erwarten waren, berücksichtigt worden. Auch ist das Landesrecht, das grundsätzlich ausscheiden mußte, trotzdem immer, wo es nützlich erschien, in Betracht gezogen. Endlich ist nicht unterlassen,

[6]) Reichstagsplenarsitzungsprotokolle, Guttentagsche Ausgabe, S. 341 und Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. 1 S. 449.

für den § 617 hier und da volkswirtschaftliche Erkenntnisse zu verwerten, wie das W. Endemann in seiner Schrift „Behandlung der Arbeit im Privatrecht" für alle mit diesem Thema sich befassenden Arbeiten so warm empfohlen und Lotmar in seinem oben erwähnten Buche in umfassendster Weise getan hat. Da aber unsere Untersuchung sich auf bisher wenig betretenem Pfade bewegt und Wissenschaft wie Rechtsprechung noch allzuoft im Stiche lassen, so ist nicht zu erwarten, daß die anerstrebte Vollständigkeit auch wirklich erreicht ist.

Erörterung und Beantwortung von Fragen, die sich nicht unmittelbar aus den Besonderheiten des § 617 ergeben, sondern ebensogut bei anderen Rechtsverhältnissen aufgeworfen werden können, sind natürlich ausgeschlossen.

II.

Konstruktion des Fürsorgeverhältnisses.

Vor einer näheren Erläuterung über Voraussetzungen, Inhalt, Wegfall, zwingenden Charakter und Verletzung der Verpflichtung des Dienstberechtigten ist auf die Konstruktion des durch § 617 geschaffenen Fürsorgeverhältnisses einzugehen.

A. Sicher ist, daß das Fürsorgeverhältnis nicht auf einer Willensbetätigung der Beteiligten beruht. Sein Entstehungsgrund ist weder ein Vertrag noch eine unerlaubte Handlung. Ipso jure, ohne jegliche Bestimmung im Dienstvertrage, tritt das Rechtsverhältnis, das in Rede steht, zu Tage. Das drückt der Gesetzgeber selbst mit klaren Worten aus. Er redet in § 619 B.G.B. nicht von „Vereinbarung" und nicht etwa wie die Gew.O. in § 133c Abs. 2 und in § 133d Nr. 2 von „vertragsmäßigen Leistungen", sondern von dem Dienstberechtigten nach § 617 obliegenden „Verpflichtungen". Das Fürsorgeverhältnis ist demnach eine obligatio ex lege. Es ist eine Zustandsobligation: „ex re actio venit" (l. 46 D. 44, 7).

Die Bezeichnung als obligatio ex lege ist für das durch § 617 geschaffene Rechtsverhältnis besonders zutreffend. Nicht nur der Tatbestand, an welchen es geknüpft ist, auch sein Umfang und sein Inhalt sind durch das Gesetz bestimmt.

B. Die Gruppe der auf andere Tatbestände als Vertrag und unerlaubte Handlung gegründeten Obligationen ist im modernen Rechte

eine große.[7]) Es entsteht daher das Bedürfnis, die obligatio ex lege nach § 617 näher zu charakterisieren. Zu untersuchen ist, wie der Gesetzgeber dazu kommt, aus einem Dienstverhältnisse nach § 617 eine derartige Legalobligation herzuleiten. Die Beziehungen zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten, welche dieser Legalobligation die Unterlage geben, sind also festzustellen.

1. Die Legalobligation nach § 617 beruht nicht auf dem Gedanken, daß die Verpflichtung des Dienstberechtigten sich keineswegs in der Lohnzahlung erschöpft, dieser vielmehr — etwa nach Analogie der Sachmiete (§ 556 Abs. 1 B.G.B.) oder des Darlehns (§ 607 Abs. 1 B.G.B.) — auch dafür haftet, daß der Wert der ihm gegen Entgelt überlassenen Arbeitskraft bei der Rückgabe unverändert ist.

Die Schwächen dieser, allerdings für § 617 nicht ausdrücklich aufgestellten und vertretenen Ansicht sind zu offensichtlich, als daß sie einer Hervorhebung bedürfen.[8])

2. Nach einer anderen Theorie sind die Beziehungen zwischen dem Dienstberechtigten und dem dessen häusliche Gemeinschaft teilenden Dienstverpflichteten keineswegs nur geschäftlicher Art. Durch das Bestehen der häuslichen Gemeinschaft ist nach ihr vielmehr ein familienrechtliches Verhältnis begründet, welches eine moralische Verpflichtung des Dienstberechtigten bedingt, seine mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Dienstverpflichteten ebenso wie andere Familienmitglieder in Krankheitsfällen zu unterstützen.[9])

Daß eine sich aus einem familienrechtlichen Verhältnis ergebende moralische Verpflichtung zu einer im Wege des Prozesses erzwingbaren

---

[7]) Nur zwei außerhalb des B.G.B. liegende Beispiele: Der Entschädigungsanspruch der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen oder mit geringerer Strafe belegten Angeklagten (vgl. Lessing, Kommentar zum R.G. vom 20. Mai 1898 S. 36) und richtiger Ansicht nach der Anfechtungsanspruch nach dem Anfechtungsgesetze vom 21. Juli 1879 (vgl. Hartmann-Meikel, Kommentar, 5. Aufl., S. 7 ff.).

[8]) Vgl. dazu Menzel im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 339, 340.

[9]) Protokolle Bd. 2 S. 285 ff.; Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2 S. 356 Anm. 2; Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl., Bd. 1 S. 621; Lindenberg, Das Preußische Gesinderecht, 6. Aufl., S. 86; Schneider-Fick, Das Schweizer Obligationen-Recht, 2. Aufl., S. 531 Anm. 10 zu § 341, dessen 2. Abs. sich inhaltlich im wesentlichen mit § 617 deckt und auch für diesen zum Vorbild gedient hat (siehe Protokolle Bd. 2 S. 285).

Rechtspflicht erhoben werden kann, ist an sich zulässig und unbestreitbar. Man denke nur an die Unterhaltungspflicht zwischen Eltern und Kindern, welche doch fast ausschließlich auf sittlichen Gründen beruht und dennoch zu einer Rechtspflicht erklärt ist. Fraglich dagegen ist, ob ein solches familienrechtliches oder auch nur familienähnliches Verhältnis wirklich besteht. Das ist zu verneinen.

Selbst wenn man davon absieht, daß der Begriff Familie heute den Kreis der durch Ehe oder Abstammung verbundenen und nicht mehr, wie im römischen Rechte, die Gesamtheit der der hausherrlichen Gewalt unterworfenen Personen bedeutet, so würde eine familienrechtliche Auffassung den tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen in keiner Weise entsprechen. Ein unbefangener Beurteiler wird nicht in Abrede stellen können, daß das Verhältnis zwischen dem Dienstberechtigten und Dienstverpflichteten nach Art und Umfang völlig verschieden von demjenigen ist, welches etwa zwischen dem Familienhaupt und seiner Gattin sowie seinen Kindern oder selbst zwischen dem Vormund und seinem Mündel besteht.[10])

Ferner widerstreitet der Annahme eines familienrechtlichen Verhältnisses als Hauptgrund der Umstand, daß heute der Hausherr nicht verpflichtet ist, seine bei ihm lebenden Seitenverwandten oder Verschwägerten, also nicht einmal seine Geschwister, in Krankheitsfällen zu unterstützen (§§ 1360, 1601 B.G.B.), obwohl hier wegen des nach den Bestimmungen des Familienrechts gesetzlich bestehenden Familienbandes (§ 1589 Abs. 1 B.G.B.) in weit höherem Maße als gegenüber den die häusliche Gemeinschaft teilenden Dienstverpflichteten eine rechtliche Pflicht am Platze wäre.[11])

Außerdem könnte noch angeführt werden, daß bei Bestehen eines familienrechtlichen Charakters folgerichtig wie bei der im Familienrechte geregelten Unterhaltungspflicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Dienstverpflichteten dem Dienstberechtigten keinen Einwand gegen den

---

[10]) Dazu Menger a. a. O. S. 107; Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse S. 331 Anm. e. Erwähnt sei noch, daß im Reichstag — allerdings wohl mehr in ironischer als stichhaltiger Weise — geltend gemacht wurde, das Betonen des familienrechtlichen Verhältnisses habe für den bei schmalem Lohn und schlechter Behandlung arbeitenden Dienstverpflichteten etwas Aufreizendes und sei schon deshalb zu verwerfen, vgl. Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 345.

[11]) Protokolle S. 287; Laß im Preußischen Verwaltungsblatte Bd. 23 S. 18 Anm. 7.

Anspruch desselben geben dürfte und der Dienstberechtigte während der ganzen Dauer der Erkrankung, nicht nur bis zur Dauer von sechs Wochen, für die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung sorgen müßte, und daß man dann auch die Dienstverpflichteten mit genau demselben Rechte zu den „Familienangehörigen“ des § 1969 B.G.B. zu zählen hätte, was zweifellos nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt ist.[12])

Endlich ist das Kriterium des Bestehens der häuslichen Gemeinschaft für die Begründung eines familienrechtlichen Verhältnisses zu verwerfen. Einerseits gibt es familienrechtliche Verhältnisse ohne häusliche Gemeinschaft, andererseits ist es da, wo eine solche vorhanden ist, willkürlich, auf sie den familienrechtlichen Charakter zurückzuführen und diesen deshalb bei allen Dienstverhältnissen mit häuslicher Gemeinschaft anzunehmen. Dagegen läßt sich auch der Gesindedienstvertrag nicht anführen. Der ihm nach altem Rechte zugeschriebene familienrechtliche Charakter [13]) — der übrigens in letzter Zeit mit Recht bestritten wird [14]) — folgt nicht aus der hier bestehenden häuslichen Gemeinschaft, sondern aus seiner besonderen Natur,[15]) die dem Dienstverhältnisse nach § 617 an sich nicht innewohnt.[16])

3. Von einem ähnlichen Gesichtspunkte geht Dernburg aus.[17]) Er betrachtet das Fürsorgeverhältnis als Korrelat zu einem durch den Dienstvertrag geschaffenen Treuverhältnisse. „Der Treupflicht des Dienstschuldners“, so erklärt er, „entspricht die Fürsorgepflicht des Dienstherrn“.

Diese von Dernburg angenommene persönliche Diensttreue ist nirgends im B.G.B. erwähnt. Dernburg gibt dies zu, stellt jedoch

---

[12]) Siehe zu obigem Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 344, 345; Frommhold, Das Erbrecht Anm. 2 zu § 1969 und Kuhlenbeck in Bd. 2 seines Kommentars Anm 2 zu § 1969.

[13]) Für Preußen ist im A.L.R. das Gesinderecht dem Familienrecht angegliedert (II. 5). Vgl. dazu Koch, Allgemeines Landrecht Bd. 3 S. 505 Anm. 5; Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen Preußischen Ober-Tribunals Bd. 4 S. 702.

[14]) Zürn, Handbuch des Preußischen Gesinderechts S. 7.

[15]) Protokolle Bd. 2 S. 287.

[16]) Aus der hier vertretenen Auffassung folgt auch, daß ein in die häusliche Gemeinschaft aufgenommener Dienstverpflichteter im Sinne des § 181 Z.P.O. nicht ein „zu der Familie“ gehörender Hausgenosse, sondern eine „in der Familie“ dienende Person ist.

[17]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 2 Abt. 2 S. 393.

den Satz auf: „Auch unausgesprochen gehört dem deutschen Dienstrechte persönliche Treue an.“ Woraus aber diese Treupflicht zu schließen ist, von welchen Tatbestandsmerkmalen sie abhängt, wie sie sich bei Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft äußert, — alles das ist nicht ersichtlich und wird nicht gesagt.

Dernburgs Konstruktion ist abzulehnen.[18]) Sie atmet den Geist vergangener Zeiten. Mit Hülfe des argumentum e contrario muß man annehmen, daß sowohl für den Dienstvertrag im allgemeinen wie für § 617 im besonderen vom Gesetzgeber eine persönliche Treupflicht nicht gewollt ist. Denn sonst wäre sie im B.G.B. erwähnt, ähnlich wie in § 72 Ziff. 1 H.G.B., welcher von der Untreue des Handlungsgehülfen spricht, damit also eine Treupflicht desselben voraussetzt, oder wie in § 64 der Preuß. Ges.O. von 1810, welcher das Gesinde verpflichtet, „seine Dienste treu, fleißig und aufmerksam zu verrichten“, oder wie in der Gew.O., deren § 127a von dem Lehrling „Folgsamkeit und Treue“ fordert, und deren § 133c gegenüber den in § 133a bezeichneten Personen eine Aufhebung des Dienstverhältnisses gestattet, „wenn sie im Dienste untreu sind“.

Auch kann die von Dernburg angenommene Treupflicht nicht aus § 242 B.G.B. hergeleitet werden. Denn „Treu und Glauben“ haben hier einen ganz anderen Sinn und sind für die Leistung jedes Schuldners maßgebend, selbst des Schuldners, der durch unerlaubte Handlung zum Schuldner geworden.

Endlich ließe sich gegen die in Rede stehende Theorie noch § 618 Abs. 1 B.G.B. heranziehen, der zweifellos ohne eine „persönliche Beziehung“, ohne eine „Treupflicht“, den Dienstberechtigten zu einer zwar präventiven, aber doch in mancher Beziehung ähnlichen Fürsorge verpflichtet.[19])

4. Verfehlt ist auch, das durch § 617 geschaffene Fürsorgeverhältnis auf eine Herrschaft des Dienstberechtigten über den Dienst-

---

[18]) So auch Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 643; weniger entschieden Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1, 8. Aufl., S. 1088 Anm. 4, wo es heißt: „Ob mit dem Dienstverhältnis auch ein gewisses Treuverhältnis verbunden ist, und welchen Inhalt dieses hat, ist nach dem einzelnen Falle zu beurteilen.“

[19]) Lotmar, Der Arbeitsvertrag S. 266 Anm. 1.

verpflichteten zurückzuführen.[20]) Diese Auffassung trifft nicht das Richtige. Mit gleichem Rechte könnte man dann sagen, die Unterhaltspflicht des Mannes der Frau gegenüber (§ 1360 B.G.B.) entspringe der eheherrlichen Gewalt. Dereinst bestanden freilich hier wie dort wirkliche Gewaltverhältnisse. Aber nicht mehr heute. Das B.G.B. gibt dem Manne keine eheherrliche Gewalt, kein Mundium oder Quasimundium über die Frau,[21]) und nach § 617 besteht kein Gewaltverhältnis, kraft dessen der Dienstberechtigte — wie kraft der elterlichen Gewalt als Vater seinen Kindern gegenüber (§ 1627 B.G.B.) — in Zeiten der Arbeitsunfähigkeit die Unterhaltung seiner Dienstverpflichteten zu übernehmen hat.[22]) Der Dienstvertrag verpflichtet nach § 611 B.G.B. nur zu den einzelnen Dienstleistungen. Die Tage der Hörigkeit sind vorüber.[23]) Richtig ist, daß bei Eingehung des Dienstvertrages der Dienstberechtigte regelmäßig das materielle Übergewicht haben wird und ein „Abhängigkeitsverhältnis“ (§ 825 B.G.B.) vorliegt. Ein „Abhängigkeitsverhältnis“ begründet aber als solches noch keine Fürsorgepflicht. Andernfalls müßte überall da, wo sonst noch Abhängigkeitsverhältnisse bestehen, gleichfalls eine Fürsorgepflicht gegeben sein. Das ist nicht der Fall.

Gegen die Annahme eines Gewaltverhältnisses und einer sich auf ihn gründenden Fürsorgepflicht spricht ferner der Umstand, daß von Mitteln zur Ausübung der Gewalt weder in § 617 noch anderswo irgendwie die Rede ist. Gewaltverhältnisse finden sich allein in einigen besonderen Anwendungsfällen des Dienstvertrages, z. B. früher bei

---

[20]) So Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 643. Ebenso Menger a. a. O. S. 107ff., der allerdings den § 617 bei Abfassung seines Buches (1890) noch nicht gekannt hat. Er erklärt, daß bei Dienstverhältnissen, „welche die Tätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmen, wie namentlich bei den Verhältnissen des städtischen und ländlichen Gesindes“, der Dienstverpflichtete der Gewalt des Dienstberechtigten nicht nur nach einer bestimmten Richtung hin, sondern mit seiner ganzen Persönlichkeit unterworfen würde. Daher sei überall da, wo ein privatrechtlicher Vertrag ein solches Herrschaftsverhältnis bedinge, ein Anlaß zu selbsttätigem Eingreifen des Staates für die Gesundheit des Dienstverpflichteten geboten.

[21]) So durchaus zutreffend Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 4 S. 7ff. und S. 180ff.

[22]) Richtig Endemann, Lehrbuch Bd. 1 S. 1088.

[23]) Dazu Conrad, Volkswirtschaftspolitik, 3. Aufl., S. 269, 524; Mombert in Dammers Handbuch der Arbeiterwohlfahrt Bd. 2 S. 320ff.

den Gesindeverträgen nach den Gesindeordnungen mit gesetzlich anerkanntem Züchtigungsrecht — das jetzt jedoch durch Art. 95 E.G.B.G.B. aufgehoben ist — und heute bei dem gewerblichen Lehrvertrag, nach dem der Lehrling der „väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen" ist (Gew.O. § 127a). Das sind aber Ausnahmen. Sie bestätigen die Regel, d. h. das Nichtvorhandensein eines Gewaltverhältnisses.

Endlich könnte auch hier wieder § 618 Abs. 1 B.G.B. herangezogen werden, der doch sicherlich kein Gewaltverhältnis, ja nicht einmal ein Abhängigkeitsverhältnis voraussetzt und trotzdem ein Fürsorgeverhältnis begründet.

5. Die besprochenen Theorien kranken alle daran, daß sie sämtlich in der persönlichen Stellung des Dienstberechtigten zum Dienstverpflichteten den alleinigen Grund der Legalobligation sehen, daß sie sämtlich die Verpflichtung des Dienstberechtigten als Ausfluß des Dienstvertrages betrachten. Das ist verfehlt. Zu einem richtigen Ergebnisse kann man nur kommen, wenn man den Grund außerhalb des Dienstvertrages sucht und nur einen tatsächlichen, nicht einen begrifflichen Zusammenhang des Fürsorgeverhältnisses mit dem Dienstverhältnisse annimmt.

§ 617 bildet die Ausfüllung einer Lücke der reichsrechtlichen Krankenversicherung. Der gleiche Gedanke, welcher dem Krankenversicherungsgesetze vom 15. Juni 1883 zu Grunde gelegen hat, muß auch ihn beherrschen. Auch in § 617 ist ein Ausgleich zwischen Arm und Reich durch eine Fürsorge für die wirtschaftlich Schwachen bezweckt, eine Heilung sozialer Schäden auf dem Wege der positiven Förderung des Wohles der Arbeiter das Endziel und ein im allgemeinen Rechtsbewußtsein schon erwachsenes Recht zum Gesetz erhoben und ausgestattet: das Recht des zumeist besitz- und hülflosen Dienstverpflichteten auf ein Mindestmaß von Fürsorge in Krankheitsfällen, fußend auf einer rechtlichen Verpflichtung der Gesellschaft zu möglichster Ausgleichung derjenigen Übelstände, welche aus ihrer eigenen Organisation unvermeidlich entspringen.[24])

Die durch § 617 geschaffene Legalobligation muß daher nicht als eine auf familienrechtlichen oder dienstvertraglichen, sondern —

[24]) Vgl. dazu **Hahn**, Das Krankenversicherungsgesetz S. 5; **Wasserrab**, Soziale Politik im Deutschen Reich S. 39ff. und **Kohler** in seiner und **Holtzendorffs** Encyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 571.

analog dem Versicherungsverhältnisse nach dem Krankenversicherungsgesetz — als eine auf sozialpolitischen Beziehungen zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten beruhende Legalobligation konstruiert werden. Das Bestehen des Dienstvertrages mit seinen in § 617 vorgeschriebenen Erfordernissen ist mithin nur ihre tatsächliche, auf Zweckmäßigkeitsgründe, die aus Erwägungen der verschiedensten Art entsprungen sein können,[25]) zurückzuführende Voraussetzung, nicht ihr Rechtsgrund.

Man könnte einwenden, die Konstruktion einer derartigen sozialpolitischen Legalobligation sei dem B.G.B. völlig fremd. Dies trifft nicht zu. Als Beispiel diene die Unterstützungspflicht des Vaters gegenüber seinem unehelichen Kinde (§ 1708 B.G.B.). Auch dieses Rechtsverhältnis ist eine sozialpolitische Legalobligation. Denn es liegt — ganz abgesehen von der unhaltbaren, seit dem vorigen Jahrhundert viel vertretenen, heute mit Recht vom B.G.B. (Art. 21 E.G.B.G.B.) verworfenen Konstruktion der Haftung aus einer unerlaubten Handlung und der ebenso unhaltbaren, gleichfalls von einer großen Anzahl von Juristen verteidigten Konstruktion der Haftung „aus der Tatsache der Zeugung" — einerseits kein familienrechtliches Verhältnis vor,[26]) da einmal der Vater nicht als mit dem unehelichen Kinde verwandt gilt (§ 1589 Abs. 2 B.G.B.), obwohl einige familienrechtliche Wirkungen stattfinden (§§ 1310, 1708 ff., 1719 ff. B.G.B.), ferner verwandtschaftliche Unterhaltsansprüche Gegenseitigkeit erheischen (§§ 1360,

---

[25]) So leitet Kohler a. a. O. S. 639 die Fürsorgeverpflichtung der Dienstberechtigten auf einen „altdeutschen Grundsatz" zurück.

[26]) A. A. die herrschende Meinung, z. B. Kuhlenbeck, Kommentar zum B.G.B., 2. Aufl., Anm. 1 zu § 1708; Weiblich im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 21 S. 38 ff.; Meyer bei Gruchot Bd. 34 S. 612 ff. und die dort Angeführten. Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 4 S. 282, 283 stellt sich gleichfalls auf den Boden der Verwandtschaftstheorie, kommt aber der richtigen Ansicht dadurch sehr nahe, daß er hinzufügt, „die mächtige soziale Strömung der neuern Zeit" habe zur Befürwortung der Ansprüche der unehelichen Kinder gegen ihren Erzeuger geführt. Erwähnt sei noch, daß auch die Motive zu § 1571 S. 874 erklären: „Die fragliche Unterstützungspflicht stützt der Entwurf auf die wirkliche Vaterschaft und behandelt sie daher als eine familienrechtliche." Richtig Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 195 Anm. 20 und Wohlers-Krech, Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz, 9. Aufl., S. 279.

1601 B.G.B.), endlich die Unterhaltsverbindlichkeit des außerehelichen Vaters, wenn sie aus einer von den Personen untrennbaren, nur auf der Verwandtschaft beruhenden Zustandsobligation herrühren soll, ebenso wie die des ehelichen Vaters unvererblich sein muß, was nicht der Fall ist (§ 1712 B.G.B.). Andererseits besteht auch kein Gewaltverhältnis. Der Vater ist nicht befugt, in die Erziehung des Kindes einzugreifen, wie etwa der Vormund gegenüber dem Mündel, selbst nicht in der Zeit, während der er dem Kinde Unterhalt gewährt,[27]) und hat keine Bestimmungsbefugnis über die Verwendung der Mittel des Unterhaltes, zu dessen Reichung er verpflichtet ist.[28]) Auch ist die Unterhaltspflicht wie die Fürsorgepflicht (§ 619 B.G.B.) der Parteiverfügung entzogen (§ 1714 B.G.B.). Man hat es also hier mit einer Legalobligation zu tun, deren Rechtsgrund derselbe ist wie in § 617. Er ist in sozialpolitischen Beziehungen zwischen dem Vater und dem unehelichen Kinde zu suchen. Ein Unterschied zu § 617 liegt nur darin, daß in § 1708 die uneheliche Vaterschaft, in § 617 ein Dienstverhältnis mit den dort aufgezählten Erfordernissen die tatsächliche Voraussetzung bildet.

Zu Gunsten der Konstruktion des durch § 617 geschaffenen Fürsorgeverhältnisses als einer sozialpolitischen Legalobligation ließe sich endlich vielleicht auch noch folgendes anführen. Zu § 562 des ersten Entwurfes, — dem heutigen § 616 in etwas veränderter Gestalt — der in seiner damaligen Fassung wie jetzt § 617 ein dauerndes, die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmendes Dienstverhältnis verlangte, sagen die Motive,[29]) daß die Verpflichtung des Dienstberechtigten „auf sozialpolitischen Rücksichten und auf Gründen der Humanität“ beruhe, sich also nicht aus dem Dienstvertrag als Rechtsgrund ergebe.

C. Die dargelegte Konstruktion des durch § 617 geschaffenen Rechtsverhältnisses als sozialpolitische Legalobligation ist wohl von theoretischer, nicht aber von hervorragender praktischer Wichtigkeit. Immerhin knüpfen sich jedoch an sie einige Folgen. Diese werden sich zum Teil erst später bei der Erläuterung des § 617 im einzelnen zeigen. Hier seien nur folgende zwei Punkte, die von allgemeinerer Bedeutung sind, hervorgehoben.

[27]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2, 3. Aufl., S. 587.
[28]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 4 S. 286.
[29]) Motive Bd. 2 S. 463.

a) Festzuhalten ist, daß man sich, ebenso wie bei der Auslegung des Krankenversicherungsgesetzes, so auch bei der Auslegung des § 617 seiner hohen ethischen Aufgabe und seines sozialpolitischen Zweckes bewußt bleiben und bei der praktischen Anwendung seiner Normen ein von dem Geiste dieser wichtigen Bestimmung getragenes, freies und billiges Ermessen walten lassen muß. Eine Gesetzesvorschrift, welche aus bestimmten sozialpolitischen Gründen einen gewissen Berufszweig günstig stellen wollte, wird nur dann voll erfüllt, wenn man sie ausdehnend interpretiert.[30])

b) Ferner ist unsere Konstruktion von Wichtigkeit für die Frage nach dem rechtlichen Charakter des sich aus der sozialpolitischen Legalobligation ergebenden Anspruchs des Dienstverpflichteten auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung. Da nach ihr sich das Fürsorgeverhältnis aus dem Dienstvertrag als völlig selbständiges sozialpolitisches Rechtsverhältnis heraushebt, so muß — ein Beweis für die Richtigkeit unserer Auffassung — ihr auch ein völlig selbständiger sozialpolitischer Anspruch entspringen. Das ist der Fall. Und zwar aus folgenden Gründen:

1. Der Anspruch auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung ist nicht ein Teil des Anspruchs auf die Vergütung für die geleisteten Dienste.[31])

Die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung stellen sich weder als Geldvergütung dar, — das dürfte zweifellos sein — noch sind sie als Naturalvergütung anzusehen. Zwar haben sie mit letzterer gemeinsam, daß auch sie in der Regel während des Dienstverhältnisses zu leisten sind. Das ist aber auch der einzige Berührungspunkt. Im übrigen unterscheiden sie sich von ihr in mannigfaltigen Beziehungen.

α) Vergütung ist Entgelt für solche Nachteile, „die jemand mit seinem Willen und völlig rechtmäßig erleidet".[32])

In § 617 handelt es sich um einen Nachteil, den der Dienstverpflichtete gegen seinen Willen erlitten hat.

---

[30]) Vgl. dazu Hahn a. a. O. S 9; Gerhard in Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts Bd. 8 S. 96; Cohn im Recht Bd. 6 S. 392.

[31]) Dieser Ansicht sind Protokolle Bd. 2 S. 487, Laß a. a. O. S. 18 Anm. 7.

[32]) Cosack, Lehrbuch Bd. 1, 4. Aufl., S. 327.

β) Die Festsetzung der Vergütung für geleistete Dienste unterliegt der freien Vereinbarung der Parteien.

Die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung sind keine „vereinbarte" (§ 611 B.G.B.) und auch keine „stillschweigend vereinbarte" Vergütung (§ 612 B.G.B.). Eine Inhaltsbestimmung des Dienstvertrages braucht ihr nicht zu entsprechen. Ein Vertrag, der sie aufhebt oder beschränkt, ist nichtig (§ 619 B.G.B.).

γ) Der Gewährung von Vergütung ist eigentümlich, daß ihr Umfang in einem absoluten oder relativen Verhältnisse zum Umfang der Arbeit steht.

Der Anspruch auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung ist unabhängig von den geleisteten Diensten und richtet sich nur nach der Krankheit.

δ) Nach § 611 B.G.B. ist das Dienstverhältnis durch zweierlei bedingt: durch Leistung der versprochenen Dienste und durch Gewährung der vereinbarten Vergütung. Die Endigung des Dienstverhältnisses muß stets beide Parteien und beide Leistungen treffen. Das Dienstverhältnis kann nicht in Ansehung der einen Partei oder Leistung fortdauern, in Ansehung der anderen aber aufgehoben sein. Recht auf und Pflicht zur Dienstleistung und Recht auf und Pflicht zur Vergütung gehen in dem gleichen Augenblick unter. Das Dienstverhältnis ist ein Entgeltverhältnis der von den Parteien einander zu machenden Leistungen. Sind keine Dienste mehr zu leisten, so sind auch keine Dienste mehr zu entgelten.

Dagegen kann die Verpflichtung zur Gewährung der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung auch nach der rechtlichen Endigung des Dienstverhältnisses fortdauern, wenngleich sie für gewöhnlich nur „bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus" reicht. Wird nämlich das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung als einem wichtigen Grunde gekündigt (§ 626 B.G.B.), so bleibt die dadurch herbeigeführte Auflösung für die Pflicht des Dienstberechtigten außer Betracht.[33])

ε) Nicht als begründet ist dagegen der Einwand anzusehen, den Lotmar gegen die Fähigkeit der erforderlichen Verpflegung und ärzt-

---

[33]) Vgl. zu dem Obigen die zutreffenden Ausführungen von Lotmar S. 662, 663, 165, 685, 636.

lichen Behandlung, sich als Naturalvergütung darzustellen, erhebt.[34]) Lotmar erklärt nämlich, daß die durch § 617 Abs. 1 Satz 3 dem Dienstberechtigten gewährte Möglichkeit, die Kosten der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung anzurechnen, die Befugnis zu einer Leistung an Erfüllungsstatt sei. Das wäre mit dem Wesen der Naturalvergütung nicht vereinbar. Diese bleibe stets primäre Leistung, sei es nun, daß sie von vornherein allein, sei es, daß sie nach dem Dienstvertrage vom Dienstberechtigten alternativ geschuldet werde. Letzteres mache die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Naturalvergütung noch nicht zu einer sekundären. Denn nach § 263 Abs. 2 B.G.B. gelte bei der Alternativobligation die gewählte Leistung „als die von Anfang an allein geschuldete". Bei einer Leistung an Erfüllungsstatt jedoch wäre das, was an Erfüllungsstatt gegeben würde, sekundäre Leistung, mithin begrifflich nicht Naturalvergütung.

Dieser Ansicht Lotmars ist nicht beizutreten, da, wie weiter unten näher auszuführen sein wird,[35]) die Anrechnungsbefugnis des Dienstberechtigten sich nicht als datio in solutum darstellt.

2. Der Anspruch auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung ist kein familienrechtlicher Anspruch.

Weiteres braucht dieser Behauptung nicht hinzugefügt zu werden. Die obigen Ausführungen dürften hinlänglich dargelegt haben, daß kein familienrechtliches Verhältnis zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten besteht. Ohne solches aber ist ein familienrechtlicher Anspruch unmöglich.

3. Der Anspruch auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung ist nicht ein Anspruch auf Schadensersatz.[36])

Richtig ist allerdings, daß regelmäßig dem Dienstverpflichteten gegen seinen Willen ein Nachteil durch die Erkrankung entstanden ist. „Jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers" (A.L.R. I, 6 § 1) ist Schaden. Richtig ist ferner, daß das Fehlen eines wirklichen oder präsumtiven Verschuldens auf Seiten des

[34]) Lotmar S. 676.

[35]) Siehe S. 294.

[36]) Vgl. für das Krankenversicherungsrecht Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts S. 894, 895; Menzel a. a. O. S. 341, 342.

Dienstberechtigten nichts daran ändert. Das heutige Recht wird nicht mehr von dem Prinzip „ohne Verschulden keine Haftung“ beherrscht. Es gibt zahllose Verpflichtungen für Beschädigung aus objektiven Gründen (vgl. z. B. §§ 31, 231, 278, 833, 835 B.G.B., §§ 89 Abs. 1, 95, 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 945 Z.P.O.). Richtig ist endlich, daß einer Schadensersatzauffassung nicht entgegensteht, daß Art und Umfang des Ersatzanspruchs von vornherein gesetzlich begrenzt sind und die wirkliche Schadenshöhe des einzelnen Falles nicht weiter in Betracht kommt.

Gegen die Ansicht, daß der Fürsorgeanspruch ein Anspruch auf Schadensersatz ist, lassen sich jedoch folgende Gründe anführen.

α) Der Sprachgebrauch des Gesetzes. § 617 enthält nicht den Ausdruck Schadensersatz oder Entschädigung.

β) Als Hauptgrund der Mangel eines Kausalzusammenhanges zwischen dem Schaden selbst und der zum Ersatze verpflichtenden Tatsache. Nicht jeder Anspruch, welcher auf Ersatz von Schaden geht, ist schon deshalb ein Schadensersatzanspruch. Träger der Schadensersatzobligation muß jemand sein, der mit seiner Person oder Habe an der Entstehung des Schadens irgendwie beteiligt ist. In § 617 fehlt aber jede kausale Beziehung zwischen dem Schaden und der Person des Dienstberechtigten.[37])

γ) Die Unvereinbarkeit der bei Teilung dieser Auffassung anzuwendenden Regeln des Schadensersatzes mit der offenbaren Absicht des Gesetzgebers. Denn dann müßte § 249 B.G.B., welcher dem Dienstverpflichteten eine facultas alternativa auf den erforderlichen Geldbetrag gibt, eingreifen. Nach § 617 sind aber einzig und allein die „erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung“ zu gewähren. Geld wäre ein aliud. Mit seiner Leistung würde die dem Dienstberechtigten „obliegende“ Verpflichtung aufgehoben. Das ist durch § 619 B.G.B. mit Recht für unmöglich erklärt.[38]) Auch wäre beim Schadensersatze grundsätzlich ein ganzer oder teilweiser Verzicht im voraus statthaft, was gleichfalls nach § 619 für § 617 unzulässig ist. Endlich würde § 254 anzuwenden sein. Auch das darf als nicht im Sinne des Gesetzgebers liegend angesehen werden. Sollen doch ausdrücklich allein Vorsatz oder

---

[37]) **Dernburg**, Lehrbuch Bd. 2 Abt. 1 S. 65; **Menzel** a. a. O. S. 392.

[38]) Vgl. weiter unten S. 313 unter e.

grobe Fahrlässigkeit des Dienstverpflichteten den Dienstberechtigten befreien.

4. Der Anspruch auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung ist nicht ein Versicherungsanspruch.

Von einer Versicherung kann in § 617 keine Rede sein, was sich aus den späteren Ausführungen noch klar ergeben wird.

5. Die Auffassung, daß der Fürsorgeanspruch ein der sozialpolitischen Legalobligation entspringender völlig selbständiger sozialpolitischer Anspruch ist, hat hauptsächlich zwei Konsequenzen.

a) Die kurze zweijährige Verjährung des Fürsorgeanspruchs nach § 196 Ziff. 8 B.G.B. „wegen des Gehalts, Lohnes oder anderer Dienstbezüge mit Einschluß der Auslagen" greift nicht ein. Der in Rede stehende Anspruch unterliegt also der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig Jahren (§ 195 B.G.B.).[39])

b) Die Unpfändbarkeit des Fürsorgeanspruchs ergibt sich nicht aus § 850 Nr. 1 Z.P.O. Nach diesem ist nur der Arbeits- oder Dienstlohn gemäß den Bestimmungen des Reichsgesetzes über die Lohnbeschlagnahme vom 21. Juni 1869 der Pfändung nicht unterworfen. Als Vergütung, d. h. „Arbeits- oder Dienstlohn", sind aber, wie bereits bewiesen worden ist, im Sinne des § 3 dieses Gesetzes die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung nicht anzusehen.

Die Unpfändbarkeit des Anspruchs folgt vielmehr aus § 851 Z.P.O. in Verbindung mit § 399 B.G.B. Denn nach § 613 B.G.B. hat der Dienstverpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten und ist der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar. Obwohl diese Bestimmung regelmäßig nur eine Auslegungsregel ist und die Abreden der Parteien sowie die Umstände zu einem anderen Ergebnisse führen können, ist im Falle einer Aufnahme in die häusliche

[39]) Eine kurze einjährige Verjährungsfrist findet sich dagegen für den Fürsorgeanspruch des erkrankten Schiffsmannes (§§ 901, 754 Ziff. 3 H.G.B.) und eine zweijährige in § 56 K.V.G. Daß sie für den Dienstberechtigten bequemer ist, dürfte einleuchtend sein. Nach § 617 ist der Dienstberechtigte nicht vor Ansprüchen geschützt, welche vielleicht erst nach Jahren geltend gemacht werden. Praktisch ist das übrigens von ganz geringer Bedeutung. Denn die zur Begründung des Anspruchs notwendige Feststellung der entscheidenden Tatsachen wird in einem solchen Falle mit großen Schwierigkeiten verbunden und meist überhaupt unmöglich sein.

Gemeinschaft zweifellos sowohl die Person des Dienstverpflichteten wie die Person des Dienstberechtigten von wesentlicher Bedeutung. Der objektive Inhalt der Verpflichtung des Dienstberechtigten richtet sich in Umfang und Zweckbestimmung nach der Persönlichkeit des Dienstverpflichteten. Der höchstpersönlichen Leistung des Dienstverpflichteten entspricht ein höchstpersönliches Recht. Die „erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung" können „an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen" (§ 399 B.G.B.).[40]) Der Anspruch darf mithin nicht übertragen und deshalb nach § 851 Z.P.O. nicht gepfändet werden.[41])

Erwähnt sei noch, daß die Vorschrift des § 399 B.G.B. zwingenden Rechtes ist,[42]) mithin die Unpfändbarkeit des Anspruchs aus § 617 die gleiche wie nach den Reichsversicherungsgesetzen kraft ausdrücklicher Vorschrift ist (vgl. § 56 K.V.G., § 10 R.G. über die eingeschriebenen Hülfskassen, § 55 J.V.G., § 96 G.U.V.G., § 102 L.U.V.G., § 37 B.U.V.G., § 100 S.U.V.G.).

III.

Voraussetzungen der Verpflichtung.

Die Voraussetzungen der Verpflichtung des Dienstberechtigten zur Gewährung der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung an den Dienstverpflichteten sind vier: dauerndes Dienstverhältnis, vollständige oder hauptsächliche Inanspruchnahme der Erwerbstätigkeit, Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und Erkrankung.

Dauerndes Dienstverhältnis.

A. Dienstverhältnis ist das durch den Abschluß eines nach den Vorschriften des B.G.B. gültigen — d. h. weder nichtigen noch anfechtbaren — Dienstvertrages zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten begründete Vertragsverhältnis.

---

[40]) So richtig Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 617 Anm. 4 und mit näherer Begründung S. 438.

[41]) Daraus ergibt sich auch, daß der Fürsorgeanspruch nicht belastbar (§ 1274 Abs. 2 B.G.B.) und nicht aufrechenbar (§ 394 B.G.B.) ist. Von dieser letzteren Folgerung wird noch später ausführlich zu sprechen sein.

[42]) Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, Erste Hälfte S. 365.

Das Dienstverhältnis muß ein rechtlich bestehendes sein. Tritt z. B. ein Minderjähriger ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters in eine Beschäftigung der in § 617 bezeichneten Art, oder liegt ein Lehrlingsverhältnis ohne Abschluß eines rechtsgültigen Lehrlingsvertrages vor, so greift die Fürsorgepflicht nicht ein. Ein nur tatsächlich bestehendes Dienstverhältnis genügt — im Gegensatze zum K.V.G. und U.W.G., wo öffentliche Normen hineinspielen,[43]) — in § 617 nicht.

Ob der Dienstvertrag ein Dienstvertrag des Handelsrechts, des Gesinderechts — hier ist Art. 95 E.G.B.G.B. zu berücksichtigen —, des Gewerberechts usw. ist, bleibt gleich.[44]) Auch der Name „Dienstvertrag" tut nichts zur Sache. Es kommt allein darauf an, ob nach Inhalt und Wesen ein Dienstvertrag vorliegt, mag er sich auch äußerlich als Gesellschaftsvertrag, Pachtvertrag, Werkvertrag u. dgl. bezeichnen. Dann und nur dann ist § 617 gegeben. Eine analoge Anwendung ist nicht gerechtfertigt.[45])

Das Dienstverhältnis ist ein Rechtsverhältnis. Es ist daher nicht durch das Bestehen des entsprechenden tatsächlichen Verhältnisses bedingt, d. h. nicht davon abhängig, daß wirklich Dienste geleistet werden. Ein Dienstverhältnis liegt mithin immer vor, wenn der Dienstverpflichtete rechtlich zur Verfügung des Dienstberechtigten steht: es be-

[43]) Siehe v. Brauchitsch, Die neuen Preußischen Verwaltungsgesetze Bd. 6, 3. Aufl., S. 32 Anm. f; Petersen, Das Krankenversicherungsgesetz, 4. Aufl., S. 8; Eger, Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz, 4. Aufl., S. 154 Ib, die an diesen Stellen angeführte Rechtsprechung, sowie v. Müller, Bayerisches Gesetz vom 8. August 1878 über den Verwaltungsgerichtshof, 2. Aufl., S. 306.

[44]) Für das Seerecht gelten aber die §§ 59ff. der neuen Seemannsordnung vom 2. Juli 1902. Erwähnt sei, daß auf nicht krankenversicherte Lehrlinge § 617 nur dann bezogen werden kann, „sobald dem Lehrlinge für seine Arbeiten z. B. „halber Gesellenlohn" versprochen wird". So richtig v. Schulz im Archiv für soziale Gesetzgebung Bd. 13 S. 384 Anm. 2. Meist ist das Lehrverhältnis kein Dienstverhältnis.

[45]) A. A. scheint Hahn bei Gruchot Bd. 45 S. 217ff. zu sein, der für § 618 B.G.B. eine analoge Anwendung zuläßt, „wenn die Verdingung wirtschaftlich unselbständiger Personen noch andere zivilrechtliche Formen annimmt". Siehe auch noch das Urteil des Reichsgerichts vom 9. Dezember 1902 über die Unterscheidung von Dienstvertrag und Gesellschaftsvertrag bei Gruchot Bd. 47 S. 401ff.

ginnt mit dem Eintritt, es endet mit dem Aufhören der rechtlichen Verfügungsgewalt des Dienstberechtigten über den Dienstverpflichteten.

Das Dienstverhältnis läuft demzufolge auch an Sonn- und Festtagen weiter, obschon an ihnen nicht gearbeitet zu werden pflegt, in gewissen Betrieben sogar zufolge gesetzlicher Vorschrift nicht gearbeitet werden darf. Ebenso heben Ruhepausen zur Tag- oder Nachtzeit, zeitweise Unterbrechungen, vor allem Erkrankungen für sich allein das Dienstverhältnis noch nicht auf, wenn nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen beider Teile der Dienstverpflichtete über die Unterbrechung der faktischen Dienstleistung hinaus zur Verfügung des Dienstberechtigten bleiben soll. Daher kann das Dienstverhältnis auch beginnen, wenn der Dienstverpflichtete bei Eintritt in das Dienstverhältnis krank ist, wenn er nur rechtlich zur Verfügung des Dienstberechtigten steht, d. h. wenn allein eine tatsächliche Verhinderung in der Ausübung der übernommenen Dienste vorliegt.

Enden kann das Dienstverhältnis als Rechtsverhältnis nur durch vom Gesetz anerkannte Gründe.[46])

B. Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung des dem Worte „Dienstverhältnis" zugefügten Attributes „dauernd".

Dauernd! Ein unklarer, farbloser Ausdruck. Einer von jenen „dehnbaren" Begriffen, die in so großer Anzahl ins B.G.B. aufgenommen worden sind.[47])

Das Gesetz gibt keine nähere Bestimmung. In diesem Schweigen liegt jedoch noch kein Verzicht auf einen Maßstab. Eine eingehende Behandlung des Begriffes „dauernd" ist dringend erforderlich.

1. Was bedeutet das Wort „dauernd" als solches?

a) „Dauernd" ist nicht so zu verstehen, daß überhaupt nur Zeit und nur ein Zustand notwendig sind. Zeit und Zustand sind stets wesentliche Kriterien des Dienstvertrages. Die entgeltliche Dienstleistung, für welche eine Zeitbestimmung unwesentlich ist, und deren

---

[46]) Hahn S. 16; Lotmar S. 58; Gewerbearchiv Bd. 1 S. 301.

[47]) Vgl. dazu Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. Bd. 3 S. 519 und im B.G.B. selbst als Beispiele etwa die Ausdrücke „gehörig", „erforderlich", „ständig", „standesgemäß", „erheblich", „verhältnismäßig", „vorübergehend", „Interesse", die zum Teil, wie sich aus Gradenwitz, Wortverzeichnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, ersehen läßt, an zahlreichen Stellen vorkommen.

Gegenstand bloß eine einmalige Handlung bildet, führt zum Werkvertrag oder zum Auftrage. Ein Dienstvertrag ohne irgend eine bestimmte Frist ist undenkbar. Der Dienstvertrag ist begrifflich „ein auf eine gewisse Dauer berechnetes Rechtsverhältnis".[48]) Jedes Dienstverhältnis ist bei solcher Auffassung ein dauerndes.[49]) Wollte man also dem Ausdruck „dauernd" in § 617 diesen Sinn beilegen, so wäre er überflüssig. Das dürfte nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Es kann nicht, wie man angenommen hat,[50]) meistens nach den in Deutschland bestehenden Gewohnheiten allein darauf ankommen, ob der Dienstverpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist. § 617 verlangt ausdrücklich eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft **und** ein dauerndes Dienstverhältnis. Es erscheint nicht als angängig, aus dem Vorhandensein des ersteren zu schließen, daß auch das letztere vorliegt, obwohl nicht verkannt werden darf, daß die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft zur Bestimmung von „dauernd" oft einen wichtigen Anhaltspunkt bieten kann.[51])

b) „Dauernd" heißt nicht, wie z. B. bei der peremptorischen Einrede im B.G.B. (§§ 813, 886, 1169, 1254)[52]) oder im Str.G.B. (§§ 31, 33), „für immer". Das ergibt sich schon durch argumentum e contrario daraus, daß in § 624 B.G.B. ein „für immer" abgeschlossenes Dienstverhältnis als ein „für die Lebenszeit einer Person" eingegangenes bezeichnet wird.

c) „Dauernd" bezeichnet nicht, wie z. B. im B.G.B. (§§ 98, 1305, 1726, 1735, 1746, 1756, 1803, 1883, 1917, 2119, 2336, 2338), im E.G.B.G.B. (Art. 42 § 3a und Art. 191 IIa), im J.V.G. (§ 5), im St.G.B. (§ 224), in der Preußischen V.U. (Art. 56), oder wie der ähnliche Begriff „anhaltend" in § 72 H.G.B. und in § 133c Nr. 4 Gew.O., einen Zustand, dessen Änderung nach ver-

---

[48]) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 3 S. 181.

[49]) Jacobi im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 4 S. 141 ff.; Lotmar S. 32; Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 286; Meyer, Das Recht der Beschlagnahme S. 25.

[50]) Planck Anm. 4a zu § 617.

[51]) Lindenberg, Das Preußische Gesinderecht S. 90; Staudinger, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2 S. 421 Anm. III zu § 617; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 622 Anm. 18.

[52]) Hellwig, Lehrbuch Bd. 1 S. 248.

nünftigem menschlichen Ermessen in absehbarer Zeit nicht erwartet werden kann.[53]) Denn damit wäre der Zweck des § 617 unterbunden. § 617 würde dann nur in verschwindend wenigen Fällen zur Anwendung kommen. Das entspräche nicht dem sozialpolitischen Geist und Willen des Gesetzes.

d) „Dauernd" bedeutet in § 617 „länger dauernd", hat also dieselbe Bedeutung wie „länger dauernd" in § 2218 B.G.B., wie „von längerer Dauer" in § 20 Z.P.O., wie „längere" in § 133 c Gew.O. und wie „auf längere Dauer" in Art. 341 des Schweizer Obligationenrechts.

Der gleiche Sinn „länger dauernd" findet sich — nur einige Beispiele seien gegeben — in § 50 Abs. 2 der Preuß. K.O. vom 8. Mai 1855, der den Ausdruck „in dauerndem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse", in § 54 Abs. 1 der alten reichsrechtlichen K.O. vom 10. Februar 1877, der den Ausdruck „zu dauerndem Dienste verdungen", in § 26 des Preuß. Immobiliarzwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883, der den Ausdruck „in dauerndem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse" gebraucht, in § 940 Z.P.O., der von „dauernden Rechtsverhältnissen" redet, in § 1 des Reichsdoppelbesteuerungsgesetzes vom 13. Mai 1870, der die „Absicht der dauernden Beibehaltung" einer Wohnung zur Begründung des Wohnsitzes im Sinne dieses Gesetzes fordert, sowie in § 191 J.V.G., der von einem „ständigen Arbeits- oder Dienstverhältnisse" spricht, und in § 7 B.G.B. wie in § 84 H.G.B., wo sich das Wort „ständig" in gleicher Bedeutung findet. Aus diesen Paragraphen als solchen läßt sich aber nichts entnehmen. Sie verschweigen sämtlich, was sie unter „dauernd" — bezw. unter „ständig" — verstehen. Es könnten nur die Ergebnisse, welche Theorie und Praxis über das sich in ihnen findende Wort „dauernd" gezeitigt haben, in Betracht kommen. Diese sind sehr dürftig und zu nutzbringender Verwertung für § 617 so gut wie gar nicht geeignet.

---

[53]) Opet, Kommentar zum Familienrecht S. 25 Anm. 6; v. Brauchitsch, Die neuen Preußischen Verwaltungsgesetze Bd. 6 S. 775 Anm. 12; Isenbart-Spielhagen, Das Invalidenversicherungsgesetz, 2. Aufl., S. 208 Anm. 18; Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., Bd. 2 S. 817 Nr. 7; Arndt, Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, 4. Aufl., S. 164 Anm. 2 zu Art. 56; Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. u. 7. Aufl., Bd. 1 S. 285 Anm. 8 zu § 72.

2. Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit ein Dienstverhältnis zu einem „länger dauernden“ wird?

a) Die Zahlungszeit, d. h. die Zeit der Entrichtung der Vergütung, kann nie entscheidend sein.[54])

Die Dauer des durch den Dienstvertrag begründeten Verhältnisses, die Vertragszeit, steht zur Zahlungszeit in keinerlei Beziehung. Durch die Zahlungszeit wird nur die Leistung des Dienstberechtigten, durch die Vertragszeit nur der zeitliche Bestand des Dienstverhältnisses bestimmt. Hier wird also etwas ganz Anderes begrenzt wie dort. Beide, Vertragszeit und Zahlungszeit, sind begrifflich von einander unabhängig und gegenseitig nicht von bestimmendem Einfluß. Die Vertragszeit wird nicht dadurch geteilt, daß in ein und demselben Dienstverhältnisse mehrere Lohnzahlungen einander folgen, d. h. mehrere Zahlungszeiten stattfinden. Das Dienstverhältnis vermag als Rechtsverhältnis die Zahlungszeit zu überdauern. Man denke nur an das Dienstverhältnis, das mit einem Handlungsgehülfen eingegangen ist. Dieses kann z. B. auf drei Jahre abgeschlossen sein. Und doch empfängt der Handlungs-

---

[54]) A. A. Fischer-Henle, Kommentar zum B.G.B., 5. Aufl., Anm. 2 zu § 617, der das Dienstverhältnis als ein dauerndes betrachtet, „wenn der Lohn nicht täglich oder wöchentlich oder sonst kurz gegriffen gezahlt wird“; Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 650 Anm. 26, der „vor allem in den festgesetzten Lohnperioden“ das Merkmal für „dauernd“ sieht. Ähnlich das Urteil des Reichsgerichts vom 6. Dez. 1890 für § 26 Abs. 2 des Preuß. Immobiliarzwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 in Entsch. Bd. 27 S. 226, wo es unter Berufung auf die Kommentare von Krech-Fischer, Jäckel, Knorr und den Kommissionsbericht heißt, man müsse davon ausgehen, „daß ein Arbeitsverhältnis als ein dauerndes zu bezeichnen ist, wenn es nicht durch tägliche oder wöchentliche oder sonst kurz gegriffene Lohnzahlungen gelöst werden kann“. Richtig mit zutreffenden Bemerkungen Lotmar S. 348, 349, 510, 511, 512; Goldmann-Lilienthal S. 622 Anm 18; Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 56 Anm. 1; Staudinger, Kommentar Bd. 2 S. 421 Anm. III zu § 617; Staub Bd. 1 S. 266 Anm. 1 zu § 66; für das K.V.G. vgl. Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung Bd. 1 S. 185; Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 21. Oktober 1901 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 146 sowie die bei Petersen, Das Krankenversicherungsgesetz S. 11 und S. 35 angeführte Rechtsprechung. Derselben Ansicht ist auch das Urteil des Reichsgerichts vom 12. Januar 1897 in Entsch. Bd. 38 S. 117 für § 54 Ziff. 1 der alten K.K.O.

gehülfe nach § 64 H.G.B. das ihm zukommende Gehalt am Schlusse jeden Monats. Dadurch verliert zweifellos das dreijährige, gewiß „dauernde“ Dienstverhältnis nicht seinen Charakter. Dem steht nicht im Wege, daß die begriffliche Verschiedenheit zwischen Vertragszeit und Zahlungszeit mit einer Koinzidenz beider vereinbar ist, d. h. daß unter Umständen Vertragszeit und Zahlungszeit zusammenfallen. Denn auch dann ist die Zeit der Leistung des Dienstberechtigten von der dem Rechtsverhältnisse zwischen Dienstberechtigten und Dienstverpflichteten zukommenden Zeit begrifflich immer noch deutlich verschieden.

Ferner ändert daran nichts die dispositive Satzung des § 621 B.G.B., welche einen Zusammenhang zwischen Zahlungszeit und Kündigungszeit, die ja ein Teil der Vertragszeit ist, geschaffen hat. Die so hergestellte Beziehung zwischen Zahlungszeit und Vertragszeit ist nur eine mittelbare, nämlich mit der Kündigungsfrist als Zwischenglied, und durch sie dem Dienstverhältnisse nur eine Minimaldauer, nämlich die der Kündigungsfrist, gewährt. Wie lange aber das Dienstverhältnis überhaupt dauert, bleibt völlig unbestimmt.

Gegen die Annahme eines derartigen Maßstabes sprechen auch Geist und Zweck des § 617. Sonst würden diejenigen Dienstverpflichteten, bei denen es nach der Verkehrssitte üblich ist, daß sie wöchentlich ihren Lohn erhalten, wie beispielsweise zum großem Teile bei Dienern, einzig und allein aus diesem Grunde ihrer Rechte verlustig gehen, und könnte der Dienstberechtigte dann häufig eine kurzfristige Lohnzahlung vereinbaren und sich so auf mühelosem Wege von seiner schweren Verpflichtung befreien.

b) Ebensowenig kann die Leistungszeit,[55]) d. h. die Zeit oder Zeitbestimmung, welche sich auf die Leistung der Dienste bezieht, als allgemeiner Maßstab in Betracht kommen.

Richtig ist nur, daß die Leistungszeit innerhalb der Vertragszeit liegen muß, daß sie nicht vor deren Anfang beginnen kann, daß sie

[55]) Der Ausdruck „Leistungszeit“, der sich noch in §§ 299, 789 B.G.B. findet, empfiehlt sich mehr als der von Lotmar gebrauchte Ausdruck „Arbeitszeit“ oder der Ausdruck „Dienstzeit“, unter dem in § 625 B.G.B. die Zeit des Dienstverhältnisses, also nicht die der tatsächlich geleisteten Dienste verstanden wird. Im gleichen Sinne wird auch häufig der Ausdruck „Arbeitszeit“ gebraucht. Über die Verwendung des Wortes „Dienstzeit“ in letzterer Bedeutung vgl. Lotmar S. 469 Anm. 1 S. 508, 509.

nicht nach deren Ende aufhört, und daß ein Nachfolgen ihres Anfangs nach dem der Vertragszeit denkbar und möglich ist. Begrifflich aber sind Leistungszeit und Vertragszeit weit und klar von einander geschieden. Nicht auf die Dauer der einzelnen Dienstleistungen, sondern auf die Dauer des Dienstverhältnisses kommt es nach dem Gesetze an. Die Zeit oder Zeitbestimmung der einen Vertragsleistung ist unmöglich mit der Dauer des Vertragsverhältnisses oder einer dieses Verhältnis zeitlich begrenzenden Bestimmung zu verwechseln. Das Dienstverhältnis kann nicht nur in beiden Beziehungen bestimmt oder unbestimmt sein. Es können auch beim nämlichen Dienstverhältnis Unbestimmtheit der Leistungszeit mit Bestimmtheit der Vertragszeit und Unbestimmtheit der Vertragszeit mit Bestimmtheit der Leistungszeit zusammentreffen.[56])

Es ist daher nicht deshalb, weil vielleicht nur eine Stunde lang Dienste geleistet wurden und dann der Dienstverpflichtete erkrankte, oder deshalb, weil es in dem betreffenden Dienstverhältnisse Brauch war, daß der Dienstverpflichtete nach seiner erstmaligen Annahme täglich nachzufragen hatte, ob Arbeit vorhanden wäre,[57]) zu sagen, das Dienstverhältnis sei kein dauerndes gewesen. Denn im ersteren Falle kann es für ein Jahr abgeschlossen werden, mithin gewiß ein „dauerndes“ Dienstverhältnis sein, im letzteren Falle sehr wohl die Meinung der vertragschließenden Parteien dahin gehen, daß dem einmal angenommenen Dienstverpflichteten die jeweils vorhandene Arbeit auf Grund des bei der ersten Annahme ein für allemal, z. B. auf ein Jahr, abgeschlossenen Dienstvertrages täglich aufs neue zugeteilt werden, es sich also keineswegs um den Abschluß immer neuer Dienstverträge von einem Tage zum andern handeln solle. Und ebensowenig ist deshalb, weil das faktische Verhältnis der Dienstleistung, ohne daß ein Einverständnis der beiden Parteien vorlag, längere Zeit nach dem Ende eines Dienstverhältnisses mit kurzer Vertragszeit fortbestand, zu sagen, das Dienstverhältnis sei ein „dauerndes“ gewesen. Nur da,

---

[56]) Lotmar S. 469; Cosack Bd. 1 S. 515 Nr. 5. Siehe auch für § 54 Ziff. 1 der alten R.K.O. das oben angezogene Urteil des Reichsgerichts vom 12. Januar 1897 und für § 1 K.V.G. das bei Petersen a. a. O. S. 11 mitgeteilte Urteil des Badischen Verwaltungsgerichtshofs vom 5. April 1898.

[57]) Siehe Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 21. Oktober 1901 a. a. O. S. 146.

wo keine bestimmte Vertragszeit besteht, kann ausnahmsweise die Leistungszeit ausschlaggebend sein. Davon wird weiter unten noch ausführlich zu reden sein.

c) Zu einem befriedigenden Ergebnisse kann man nur gelangen, wenn man die Vertragszeit zum Ausgangspunkte nimmt, und wenn man, je nach den verschiedenen Arten, in denen sich diese darstellen kann, die Voraussetzungen, welche das Dienstverhältnis zu einem „dauernden“ machen, sich richten läßt.

1. Unter Vertragszeit ist nur die Vertragszeit als solche, nicht etwa auch die Kündigungszeit, ein Teil von ihr, zu verstehen. Aus dieser läßt sich die Dauer des Dienstverhältnisses nicht ersehen. Sie gibt, wie bereits oben angedeutet worden ist, nur eine relative Dauer — eine Minimaldauer —, nicht eine absolute Dauer — eine Dauer überhaupt — an. Deshalb kann die Kündigungszeit nicht ausschlaggebend sein. Denn wenn sie unmittelbar den Bestand des Dienstverhältnisses sichert, z. B. dadurch, daß dieses während sechs Wochen von keinem Teile durch Kündigung aufgehoben werden darf, so bleibt doch unbestimmt, ob das Dienstverhältnis in Wirklichkeit auch nur sechs Wochen und nicht ein Jahr oder zwei Jahre oder gar zehn Jahre gedauert hat. In gleicher Weise bleibt, wenn die Kündigung mittelbar den Bestand des Dienstverhältnisses sichert, z. B. dadurch, daß, wenn sie erfolgt, erst nach Ablauf von sechs Wochen ihre endigende Wirkung eintritt, auch hier die absolute Dauer des Dienstverhältnisses unbegrenzt. Es kann wirklich nur sechs Wochen gedauert haben, wenn nämlich die Kündigung am Tage der Eingehung des Dienstverhältnisses erfolgt ist. Es kann aber ebenso gut möglich sein, daß das Dienstverhältnis trotzdem Jahre oder Jahrzehnte gewährt hat.

Endlich läßt sich noch gegen die Annahme, die Kündigung sei ein entscheidendes Merkmal, derselbe Einwand wie gegen die Zahlungszeit erheben: Geist und Zweck des § 617. Falls die Kündigung entschiede, würde jeder Dienstberechtigte — vor allem, wo im B.G.B. eine dem § 67 H.G.B. analoge Vorschrift nicht besteht, — danach trachten, eine kurze Frist zu vereinbaren, und dadurch den Dienstverpflichteten in unerhörter Weise schädigen.[58])

[58]) Vgl. dazu Lotmar S. 522ff. Der Ansicht, daß die Kündigungsfrist nicht entscheidet, sind auch Planck Anm. 4a zu § 617 B.G.B.; Schollmeyer a. a. O. S. 56 Anm. 1; Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 51;

2. Hinsichtlich der Vertragszeit ist zu unterscheiden, ob sie bestimmt oder unbestimmt ist. Es ist demnach zunächst für die bestimmte und dann für die unbestimmte Vertragszeit nacheinander zu prüfen, was entscheidend sein muß, damit das Dienstverhältnis als ein „dauerndes“ angesehen werden kann.

---

das Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 27. November 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 325; Laß a. a. O. S. 18 Anm. 7; Cosack Bd. 1 S. 515 Nr. 5. Anderer Meinung sind das Urteil des Gewerbegerichts Ludwigshafen vom 13. Dezember 1901 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrgang S. 328, welches als feststehend erachtet, daß ein mit achttägiger Kündigungsfrist jederzeit kündbarer Dienstvertrag ein dauerndes Dienstverhältnis nie begründen kann; Goldmann-Lilienthal S. 622, wo ein Dienstverhältnis als vorübergehend bezeichnet wird, wenn es „auf unbestimmte Zeit derart eingegangen ist, daß es mit besonders kurzen Fristen gelöst werden kann; Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes Bd. 1 S. 520, der ein Dienstverhältnis „dauernd“ nennt, „wenn dasselbe nicht durch tägliche oder wöchentliche oder sonstige kurze Kündigung gelöst werden kann“; Lipinski, Das Recht im gewerblichen Arbeitsverhältnis S. 227, der erklärt, es würde „gemeinhin angenommen, daß ein dauerndes Arbeitsverhältnis vorliegt, wenn vierzehntägige Kündigung vereinbart worden ist“, ebenso Stadthagen in der 170. Sitzung des Reichstags am 8. Februar 1897 bei der Beratung der Novelle zum Lohnbeschlagnahmegesetz und zur Z.P.O.: „Es wird notwendig sein, den Begriff „dauernd“ zu ändern und eine Deklarierung des letzten Absatzes zu geben, insbesondere da durch das Bürgerliche Gesetzbuch unter „dauernd“ jedes Lohnverhältnis verstanden wird, wo 14tägige Kündigung möglich ist“ (siehe Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 23 S. 527). Ferner für das Schweizer Obligationenrecht Schneider-Fick in seinem Kommentar Anm. 7 zu Art. 341, sowie das dort angezogene Urteil des gewerblichen Schiedsgerichts Basel in handelsrechtlichen Entscheidungen Bd. 14 S. 322, wo ein auf 14 Tage kündbarer Dienstvertrag als kein „auf längere Dauer“ abgeschlossener betrachtet wird. Wie sehr übrigens die laxe Auffassung von der ausschlaggebenden Bedeutung der Kündigungsfrist für den Begriff „dauernd“ auch weiteren Kreisen gelehrt wird, zeigt der Juristische Leitfaden zum praktischen Gebrauche für die Pfleger und Pflegerinnen des Freiwilligen Erziehungsbeirats für schulentlassene Waisen, wo S. 21 es heißt: „Sind derartige Dienstverhältnisse also ohne Verabredung längerer Kündigungsfristen eingegangen, so wird man sie nicht zu den „dauernden“ zählen können.“ Bemerkt sei, daß vielfach auch zur Bestimmung des in § 616 B.G.B. sich findenden Begriffes der „verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit“ die Kündigungsfrist als Merkmal angenommen worden ist, vgl. die im Vorwärts vom 20. November 1903 mitgeteilte Entscheidung des Berliner Gewerbegerichts und die treffenden Bemerkungen dazu.

a) Als bestimmt bezeichnet man eine Vertragszeit, deren Ende bestimmt ist. Dies kann vertragsmäßig geschehen — eine gesetzliche Endbestimmung für die Vertragszeit kommt im B.G.B. nicht vor und ist deshalb hier außer Betracht zu lassen — oder „aus der Beschaffenheit und dem Zwecke der Dienste zu entnehmen" sein (§ 620 B.G.B.). Im ersteren Falle reden wir von Vertragszeit mit „Endbestimmung", im letzteren von Vertragszeit mit „natürlicher Begrenzung".[59])

Die „Endbestimmung" kann bedingt und unbedingt sein. Ist sie bedingt, so ist nicht die Wirksamkeit des Vertrages, sondern nur die der vertraglichen Endbestimmung in der Schwebe. Fällt die Bedingung aus, so besteht unter Umständen das Dienstverhältnis als ein Dienstverhältnis mit unbestimmter Vertragszeit[60]) und kommt dann nicht hier, sondern erst weiter unten in Betracht.

Tritt die Bedingung ein, so ist das Dienstverhältnis ein Dienstverhältnis von bestimmter Vertragszeit, auf das die nachstehenden Ausführungen zutreffen.

Die Endbestimmung kann ferner unbefristet und befristet sein. Unbefristet ist sie, wenn sie dem Dienstverhältnis alsbald, d. i. im Zeitpunkte der Übereinkunft, ein Ende macht. Eine derartige un-

---

[59]) In den Fällen der „natürlichen Begrenzung" empfiehlt es sich nicht, von „stillschweigender Endbestimmung" zu reden, wie es Planck Anm. 2 zu § 620 und Sigel, Der Gewerbliche Arbeitsvertrag S. 150 tun. Zuzugeben ist zwar, daß das in § 620 Abs. 2 B.G.B. gebrauchte Wort „entnehmen" nicht objektiv, sondern subjektiv vom Standpunkte der Parteien aufzufassen ist. Zweck und Beschaffenheit müssen für beide Teile entnehmbar sein. Sind sie nur einem bekannt, so kann die Dauer des Dienstverhältnisses der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste nicht entnommen werden. Deshalb handelt es sich aber noch nicht um eine stillschweigende Vertragsabrede. Durch die „Endbestimmung" wird kraft Vertrages von außen her, durch die „natürliche Begrenzung" kraft der zu leistenden Dienste von innen her dem Dienstverhältnis eine Grenze gesteckt. Das Dienstverhältnis ist in dem einen Falle durch „Vertrag", im andern durch „Natur" auf einen gewissen Zeitraum beschränkt. Näheres bei Lotmar S. 525, 526.

[60]) Vgl. Lotmars Beispiel S. 540 Anm. 4: „Ich engagiere Sie als Direktor und zwar für ein Jahr, wenn sich zeigt, daß Sie der Aufgabe gewachsen sind." In diesem Falle würde bei einem etwaigen Ausfalle der Bedingung nach der ersten Woche das Dienstverhältnis als eins von unbestimmter Vertragszeit bestehen.

befristete Endbestimmung kann natürlich nicht schon bei Abschluß des Dienstvertrages getroffen werden, sondern erst später. Bis zum Zeitpunkte der Übereinkunft gilt dann das Dienstverhältnis als ein Dienstverhältnis mit unbestimmter Vertragszeit. Ist die Endbestimmung befristet, so kann sie entweder auf uhren- oder kalendermäßig feststehende Vorgänge (Stunde, Tag, Woche, Monat, Jahr usw.) oder solche Vorgänge, von denen gewiß ist, daß sie eintreten werden (Frühling, Tod, Ende der Ausstellung usw.) gestellt sein. Immer aber ist erforderlich, daß die zeitliche Bestimmung absolut genau ist. Redewendungen wie: „für vier bis fünf Wochen", „es wird mit dem Geschäft nicht lange dauern", „auf die Dauer der Saison" reichen zur Begründung der Annahme, daß das Vertragsverhältnis auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist, nicht aus.

Die „natürliche Begrenzung" ist schwerer zu ermitteln. In diesem Falle steht das Ende des Dienstverhältnisses bei Abschluß des Vertrages weder uhren- oder kalendermäßig noch nach Vorgängen fest, deren Eintritt gewiß ist. Fest steht nur, daß das Dienstverhältnis mit Erreichung der natürlichen Grenze endigt. Wann die Aufgabe erledigt sein wird, und ob das Dienstverhältnis zum Ziele gelangt, bleibt ungewiß. Es ist der Umfang der Dienstaufgabe, nach dem sich die Vertragszeit bei der „natürlichen Begrenzung" richtet, z. B. die Anstellung eines Lehrers zur Vorbereitung eines Examinanden. Bei der Entscheidung der Frage, ob eine „natürliche Begrenzung" vorliegt oder nicht, ist daher die Persönlichkeit des Dienstverpflichteten — ob er beispielsweise rasch oder langsam arbeitet, viel oder wenig leistet, die Arbeit ununterbrochen fortsetzt oder zwischendurch sich anderweit beschäftigt — nicht ausschlaggebend. „Aus der Beschaffenheit und dem Zwecke der Dienste" heraus ist allein zu entscheiden. Es kann also bloß die Arbeit an sich in Betracht kommen und allein zu prüfen sein, ob diese derartig ist, daß sie erfahrungsgemäß nur in einem länger dauernden Zeitraume zu bewältigen ist.[61]) Eine „natürliche Begrenzung" ist auch dann gegeben, wenn der Dienstverpflichtete ausdrücklich zur Aushülfe angenommen worden ist. Denn hier ist aus dem Zwecke der

---

[61]) Ähnlich für die „durch die Natur ihres Gegenstandes" auf einen Zeitraum von weniger als einer Woche beschränkte Beschäftigung in § 1 K.V.G. Petersen a. a. O. S. 35 unter n.

Einstellung des Dienstverpflichteten, dem Aushülfezwecke, zu entnehmen, daß die Dauer des Dienstverhältnisses eine zeitlich bestimmte ist, da es mit Erreichung dieses Zweckes endigen soll. Vorher kann es von beiden Parteien nicht jederzeit gelöst werden. Es endigt erst, wenn die aushülfsweise zu leistenden Dienste geleistet sind, falls keine besondere Kündigung vereinbart ist.

Was die Voraussetzung anbetrifft, welche in diesen beiden Fällen der bestimmten Vertragszeit erfüllt sein muß, damit das Dienstverhältnis ein „dauerndes“ wird, so ist bei einer Vertragszeit mit „Endbestimmung“ ein Dienstverhältnis als „dauernd“ zu bezeichnen, wenn es rechtlich, d. h. kraft Vertrages, auf längere Zeit angelegt ist, und bei einer Vertragszeit „mit natürlicher Begrenzung“, wenn es faktisch, d. h. kraft Beschaffenheit und Zweck der Dienste, auf eine längere Zeit angelegt ist.[62])

Dazu, daß bei einem Dienstverhältnisse mit vertraglicher Endbestimmung allein ausschlaggebend ist, ob es rechtlich auf längere Zeit angelegt ist, braucht nach den obigen Ausführungen über die Bedeutung der Zahlungszeit, der Leistungszeit und der Kündigungszeit nichts mehr gesagt zu werden. Nur eine kurze Bemerkung ist hinzuzufügen. Es kann sich folgender Fall ereignen: der Dienstberechtigte will den Dienstverpflichteten auf ein Jahr annehmen. Um der etwaigen Fürsorgeverpflichtung zu entgehen, schließt er jedesmal nur auf einen Monat ab und läßt so zwölf vorübergehende Dienstverhältnisse sich einander anschließen. Wird er dadurch befreit? Die Frage ist zu bejahen. Der Dienstberechtigte hat neben dem Vorteile, der ihm daraus erwächst, ja auch die Nachteile, die kurze Dienstverhältnisse ihm bringen können, zu tragen. Es findet für ihn gewissermaßen eine compensatio lucri cum damno statt. Anders liegt es, falls ein derartiger Vertragsabschluß mit dem Einverständnisse des Dienstverpflichteten nur zum Schein abgegeben ist. Dann finden die „für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften“ Anwendung (§ 117 B.G.B.) und ist das Dienstverhältnis als ein auf ein Jahr abgeschlossenes, mithin

[62]) Vgl. zum Vorstehenden **Lotmar** S. 540, 541, 525, 526, 530, 546; **Sigel** a. a. O. S. 148ff. u. S. 177; **Cosack** Bd. 1 S. 515 Nr. 5; **Staub** a. a. O. S. 269 Anm. 12; **Staudinger**, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2 S. 421 Anm. III; **Hachenburg**, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 51; **Schollmeyer** a. a. O. S. 56 Anm. 1.

„dauerndes“ zu betrachten. Falls jedoch nur der Dienstberechtigte sich allein den Vorbehalt eines einjährigen Dienstverhältnisses macht und rechtlich immer auf einen Monat abschließt, so ist diese Willenserklärung gültig (§ 116 B.G.B.), und sind dann wirklich zwölf vorübergehende Dienstverhältnisse zustande gekommen. Eine Summe von mehreren vorübergehenden Dienstverhältnissen ergibt noch lange kein „dauerndes Dienstverhältnis“.

Dagegen ist zu der Behauptung, daß bei einem Dienstverhältnisse mit natürlicher Begrenzung entscheidet, ob es faktisch auf längere Zeit angelegt ist, noch folgendes zu sagen.

Man hat vielfach angenommen,[63]) ausschlaggebendes Merkmal für den in Frage stehenden Begriff sei stets das Nichtbestehen des Aushülfecharakters. Diese Theorie, die auf den ersten Blick etwas Bestechendes hat, da das Gegenteil von „dauernd“ doch zweifellos „vorübergehend“ ist und das Aushülfeverhältnis seiner Natur nach eine vorübergehende Erscheinung bildet,[64]) läßt sich mit unserer Auffassung nicht vereinen. Denn es ist, wie bereits ausgeführt wurde, ein Dienstverhältnis mit Aushülfecharakter ein Dienstverhältnis, dessen Dauer aus dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist, also ein Dienstverhältnis mit natürlicher Begrenzung. Das ist auch dem Geiste des § 617 entsprechend. Eine Aushülfestellung ist eine solche, die wegen des Ausfalls einer im Geschäfte tätigen Person oder wegen besonders starker Geschäftstätigkeit notwendig wird,[65]) seinem Wesen nach also notwendig nicht auf eine engbegrenzte Dauer beschränkt. Das zeigt auch § 69 H.G.B., der ausdrücklich von „vorübergehender Aushülfe“ spricht. Die Aushülfestellung kann sich auf Wochen, Monate, ja selbst auf Jahre belaufen. Man würde mithin zu dem gewiß nicht befriedigenden Ergebnisse gelangen, daß der Dienstberechtigte zur Unterstützung des Dienstverpflichteten gemäß § 617 verpflichtet wäre, wenn z. B. der Dienstverpflichtete auf die fest bestimmte Vertragszeit von drei Monaten angenommen ist und nach acht Tagen erkrankt, daß er

---

[63]) Laß a. a. O. S. 18; Planck, Anm. 4a zu § 617; Goldmann-Lilienthal S. 622; Gerland, Die Preußische Gesindeordnung Bd. 1 S. 115 Anm. 5; Lindenberg a. a. O. S. 90 Anm. 2.

[64]) Sigel a. a. O. S. 152.

[65]) Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 1 S. 170 Anm. 1 zu § 69.

jedoch nicht verpflichtet wäre, wenn in dem gleichen Falle der Dienstverpflichtete zwecks Aushülfe, die faktisch als auf drei Monate angelegt zu betrachten ist, angenommen wurde.

Mit unserer Theorie vereinbar ist dagegen die Ansicht, welche bei bloß „vorübergehender Aushülfe" ein dauerndes Dienstverhältnis für ausgeschlossen erachtet.[66]) Denn diese ist eben nicht ihrem Zwecke nach als auf längere Zeit angelegt zu betrachten.

β) Als unbestimmt bezeichnet man eine Vertragszeit, deren Ende nicht bestimmt ist. Also immer dann hat man es mit ihr zu tun, wenn eine Begrenzung des Dienstverhältnisses weder durch Vertrag noch durch Natur in dem oben erläuterten Sinne vorliegt. Einige besondere Fälle seien hier aufgezählt: Alle Dienstverhältnisse, die nach Ablauf der bestimmten Vertragszeit von dem Dienstverpflichteten mit Wissen des andern Teiles fortgesetzt werden, gelten als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht (§ 625 B.G.B.); alle Dienstverhältnisse mit lediglich den Bestand, — z. B. „zunächst auf einen Monat", wo also unter Umständen eine Fortsetzung in Aussicht genommen ist, oder „auf mindestens einen Monat", wo also von vornherein eine längere Dauer beabsichtigt wird, — nicht aber die Dauer sichernder Zeitbestimmung sind zu den Dienstverhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit zu rechnen;[67]) alle anfänglich als Aushülfeverhältnisse gedachten Dienstverhältnisse, welche

---

[66]) Oertmann S. 338 Anm. 2a; Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 51; Cosack Bd. 1 S. 515 Nr. 6; Staub Bd. 1 S. 269 Anm. 12 zu § 66.

[67]) So richtig mit näherer Begründung Lotmar S. 524 und 550; a. A. Sigel S. 149, der Dienstverhältnisse, bei denen ein bestimmter Bestand zunächst festgesetzt, von den Parteien aber unter Umständen eine Fortsetzung in Aussicht genommen ist, mit dem Ablaufe der festgesetzten Bestandzeit endigen läßt, sie bis dahin also als Dienstverhältnisse mit bestimmter Vertragszeit ansieht. Sigel erklärt, damit werde er mehr als Lotmar dem Vertragswillen der Parteien gerecht. Dem ist nicht beizupflichten. Denn das ist ja gerade der Unterschied der Bestimmung „zunächst auf einen Monat" von der vertraglichen Endbestimmung „auf einen Monat", daß die Parteien auf die Aussicht einer Fortsetzung bauen und sich deshalb nicht um Ersatz bemühen, wie sie es tun würden, wenn sie sicher wüßten, daß das Dienstverhältnis bestimmt nach einem Monat endigt. Ordnungsmäßige Kündigung hat also bei Nichtfortsetzung des Dienstverhältnisses nach jener Frist stattzufinden.

infolge längerer Zeitdauer ihren Aushülfecharakter verloren haben, z. B. wenn jemand zur Aushülfe wegen plötzlich eingetretener starker Geschäftstätigkeit angenommen worden ist und diese einige Jahre lang dauert. Dadurch geht das Aushülfeverhältnis in ein festes Dienstverhältnis mit unbestimmter Vertragszeit über. Eine Entscheidung, wann ein solcher Übergang anzunehmen ist, kann natürlich bei dem Mangel an einer gesetzlichen Frist nur im einzelnen Fall auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse gegeben werden.[68])

Welches ist nun bei Dienstverhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit die Voraussetzung für ihre längere Dauer? Die Zahlungszeit und Kündigungszeit sind es jedenfalls nicht, wie oben hinlänglich begründet ist. Ebensowenig kann entscheiden, ob das Dienstverhältnis rechtlich oder faktisch auf bestimmte Zeit angelegt ist. Bestimmte Zeit ist ja überhaupt nicht vorhanden. Es bleibt mithin nur die tatsächliche Dauer, die Leistungszeit, übrig. Ist sie als Voraussetzung anzunehmen?

Die Frage ist von verschiedener Seite verneint worden. So erklärt das Gewerbegericht Ludwigshafen in seinem bereits oben angezogenen Urteile vom 13. Dezember 1901,[69]) „daß in der effektiven Dauer der Arbeitstätigkeit das entscheidende Merkmal nicht gefunden werden kann, daß vielmehr nur ein solches Dienstverhältnis als dauerndes im Sinne des Gesetzes betrachtet werden darf, welchem die Gewähr einer gewissen Stabilität innewohnt“. In ähnlicher Weise bemerkt mit Berufung auf dieses Urteil das gleichfalls bereits oben angezogene Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 27. November 1902,[70]) „daß jedenfalls die bloße tatsächliche längere Dauer eines Dienstverhältnisses allein noch nicht entscheidend ist. Es würde sonst, nachdem bei einem Dienstverhältnisse zunächst der § 617 nicht anwendbar gewesen ist, von einem mehr oder weniger ungewissen Zeitpunkt ab, trotzdem sich seitdem rechtlich gar nichts ge-

[68]) So richtig Sigel a. a. O. S. 152. A. A. ist das Urteil des Gewerbegerichts München vom 20. Oktober 1901 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 228, das ausdrückliches Einverständnis zur Umwandlung der aushülfsweisen Einstellung in ein festes Dienstverhältnis verlangt. Daß diese Ansicht unzutreffend ist, zeigt schon ein Hinblick auf die Bestimmungen des § 69 H.G.B.

[69]) Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 328.

[70]) Entscheidungen Bd. 42 S. 325

ändert hat, die Anwendung eintreten, und zwar nach § 619, ohne die praktisch sehr schwer belastende Verpflichtung ausschließen zu können". Ferner erklärt Schollmeyer:[71]) „Jedenfalls kommt es nicht darauf an, ob es längere Zeit gedauert hat." Endlich behauptet Staudinger:[72]) „Wie lange das Dienstverhältnis tatsächlich schon gedauert hat, ist ohne Belang", und mit fast den gleichen Worten Hachenburg,[73]) indem er sagt „wie lang es in den einzelnen Fällen wirklich bestand, ist ohne Einfluß".

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Sie verkennt den Sprachgebrauch und findet für sich weder im Gesetze noch in dessen Entstehungsgeschichte irgend welchen Anhalt. Sicherlich, zur längeren Dauer ist eine gewisse „Stabilität" des Dienstverhältnisses erforderlich. Diese braucht aber nicht ausschließlich in der Zukunft zu ruhen. Sie kann sich auch aus der Vergangenheit ergeben. Unter „länger dauernd" bezeichnet man nicht nur alles, was länger dauern wird, sondern auch alles, was schon länger gedauert hat. Ein Dienstverhältnis, das schon zwanzig Jahre währte, ist kein vorübergehendes, sondern ein „dauerndes", auch wenn seine Vertragszeit eine unbestimmte ist und seine Zahlungszeit wie Kündigungszeit kurze sind.

Dem Preußischen Oberverwaltungsgericht ist ferner zu entgegnen, daß sich „seitdem" rechtlich sehr wohl etwas geändert hat. Anfangs existierte nur ein Kontraktsverhältnis, nach Ablauf einer gewissen Zeit existiert nun aber daneben noch ein Legalverhältnis.[74]) Daß der Dienstberechtigte von dem Entstehen dieses Legalverhältnisses unter Umständen keine Ahnung hat, tut nichts zur Sache. Auch bei einem Dienstverhältnisse mit bestimmter Vertragszeit braucht der Dienstberechtigte nichts davon gewußt zu haben, daß § 617 eingreift, wenn das Dienstverhältnis auf so und so lange Zeit vertraglich oder faktisch angelegt worden ist. Hier wie dort würde der Dienstberechtigte vielleicht sonst ein solches Dienstverhältnis gar nicht eingegangen sein, hätte vielleicht sonst gar nicht so hohen Lohn gezahlt. Das hindert aber die An-

[71]) A. a. O. S. 56 Anm. 1.

[72]) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2 S. 421 Anm. III zu § 617.

[73]) Dienstvertrag und Werkvertrag S. 51.

[74]) Eine ähnliche Erscheinung bietet sich in § 530 B.G.B. Auch hier läuft neben einem Kontraktsverhältnisse von einem gewissen Zeitpunkt an ein Legalverhältnis her.

wendung des § 617 in keiner Weise. „Niemand kann sich mit Unkenntnis der Gesetze entschuldigen." Es ist jedermanns Sache, sich die nötige Rechtskenntnis für seinen Lebenskreis zu schaffen. Tut er das nicht, so trifft ihn der Schaden. § 617 begründet ja keine Vertragspflicht. § 617 greift rücksichtslos und unabhängig vom Wissen und Wollen der Parteien ein.

Endlich läßt sich der Auffassung, die tatsächliche Dauer könne nicht entscheiden, noch entgegenhalten, daß § 617 im Falle der Richtigkeit dieser Ansicht ein Schlag ins Wasser wäre. Der Dienstberechtigte käme dann am besten weg, wenn er nur noch, wo immer möglich, Dienstverhältnisse mit unbestimmter Vertragszeit abschlösse. Leicht und mühelos würde er so die schwere Verpflichtung des § 617 von seinen Schultern schütteln.

Es ergibt sich also, daß bei Dienstverhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit die tatsächliche längere Dauer entscheidet.[75])

Damit sind wir zu folgendem Gesamtergebnisse gelangt: Ein „dauerndes Dienstverhältnis" im Sinne des § 617 ist immer dann gegeben, wenn das Dienstverhältnis rechtlich auf längere Dauer angelegt ist, oder wenn es faktisch auf längere Dauer angelegt ist, oder wenn es längere Zeit gedauert hat. Eine dieser drei Voraussetzungen muß immer zutreffen.

3. Welcher zeitliche Maßstab ist für die längere Dauer, auf die das Dienstverhältnis entweder rechtlich oder faktisch angelegt sein oder die es tatsächlich gewährt haben muß, zu gewinnen?

a) Zunächst ist zu prüfen, ob ein zeitlicher Maßstab von anderswo zu entnehmen ist.

Partikularrechtliche Bestimmungen scheiden selbstverständlich aus. Von reichsrechtlichen Bestimmungen kommen folgende in Betracht:

α) Der Maßstab, den das Gesetz vom 21. Juni 1869, betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes in § 4 Nr. 4 Abs. 2 seiner ursprünglichen Fassung (B.G.Bl. 1869 S. 242 Nr. 311) gibt.

Im Sinne des Lohnbeschlagnahmegesetzes galt ein Dienstverhältnis als dauernd, „wenn dasselbe gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig mindestens auf ein Jahr bestimmt oder bei unbestimmter

[75]) Derselben Ansicht sind ohne nähere Begründung Lotmar S. 546 und Sigel S. 177.

Dauer für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten einzuhalten ist". Diese Auslegung ist für § 617 unbrauchbar. Schon deshalb, weil sie durch Artikel III des Einführungsgesetzes zum Gesetze betr. Änderungen der Zivilprozeßordnung vom 15. Mai 1898 aufgehoben worden ist. Über die dafür maßgebenden Erwägungen spricht sich die Begründung zu § 749 des Entwurfes eines Gesetzes betr. Änderungen der Zivilprozeßordnung (Heymannsche Ausgabe S. 242) aus. Nach einer Aufzählung verschiedener hier nicht in Betracht kommender Punkte heißt es dort folgendermaßen: Es kann „der Begriff der dauernden Anstellung in der Bedeutung, die er nach § 4 Nr. 4 des Gesetzes vom 21. Juni 1869 hat, kaum aufrecht erhalten werden, nachdem durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 621 und 623) und des Handelsgesetzbuchs (§§ 66 ff.) eine gesetzliche Kündigungsfrist eingeführt worden ist, die in der Regel sechs Wochen, in manchen Fällen einen noch kürzeren Zeitraum beträgt".

β) Der Maßstab, den — ohne daß allerdings der Ausdruck „dauernd" gebraucht ist — § 1 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes[76]) und § 29 Abs. 4 des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 geben.

Die beiden Gesetze enthalten hinsichtlich des die betreffende Verpflichtung begründenden Dienstverhältnisses die Bestimmung, daß die Beschäftigung „durch die Natur ihres Gegenstandes oder im voraus durch Vertrag auf einen Zeitraum von einer Woche oder weniger" nicht beschränkt sein darf. Darin kann kein Anhalt für eine Festsetzung des Begriffes des dauernden Dienstverhältnisses in § 617 in der Weise gefunden werden, daß hierunter jedes Dienstverhältnis fällt, welches nicht in gleicher Weise begrenzt ist. Schon aus dem Grunde, weil jene Bestimmungen die Natur von Sondervorschriften haben und daher eine Übertragung auf ganz andere Verhältnisse im Wege der Analogie nicht gestatten. Auch würde dann die starke Belastung des Dienstberechtigten in erheblich weiterem Umfange bestehen, als der Volksanschauung und dem Rechtsbewußtsein entsprechend wäre.[77])

---

[76]) Philippovich, Grundriß der Volkswirtschaftslehre Bd. 1 S. 316 spricht hier von einem „dauernden Arbeitsverhältnis"; ebenso Petersen a. a. O. z. B. S. 34.

[77]) So richtig das Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 7. November 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 326.

b) Von anderswo ist also ein Maßstab nicht entnehmbar. Eine absolute Interpretation dessen, was hier längere Zeit ist, hat überhaupt nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen. Wenn der Gesetzgeber eine solche beabsichtigt hätte, würde er statt des dehnbaren Begriffes des „dauernden Dienstverhältnisses“ sicher eine feste Zeitgrenze bestimmt haben. Mit einer unzweifelhaften mechanischen Auslegung des Wortes „dauernd“ wäre vielleicht den Interessen des Dienstverpflichteten wie des Dienstberechtigten besser gedient gewesen. Dann hätten beide immer gewußt, woran sie sind. Dies ist nun aber nicht geschehen. Das freie richterliche Ermessen bestimmt im Streitfalle darüber, was „dauernd“ nach Tagen oder Wochen bemessen ist. Doch nicht die subjektive Auffassung des Richters von dem, was ihm in dem gleichen Falle als „dauernd“ erscheinen würde, darf maßgebend sein. Man wird vielmehr, wie häufig im B.G.B. und auch in anderen Gesetzen,[78]) auf Grundlage des einzelnen Falles nach der Gesamtheit der in Betracht kommenden Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse, der Art der Annahme des Dienstverpflichteten, des Geschäftsumfanges, der zu leistenden Dienste, der ganzen Lebensverhältnisse u. dgl. entscheiden müssen.[79]) Der Ansicht, daß zum mindesten eine erheblich längere Zeit als sechs Wochen für notwendig erachtet werden müsse,[80]) ist daher nicht ohne weiteres

---

[78]) Z. B. in § 616 B.G.B., wo sich der Ausdruck „verhältnismäßig nicht erheblich“ findet, für den die Ansicht von Nußbaum, Die Preußische Gesindeordnung S. 97, der eine Zeit bis zu acht Tagen fordert, abzulehnen ist (vgl. dazu Gerhard a. a. O. S. 107). Ferner in § 7 B.G.B. für den Ausdruck „ständig“, hinsichtlich dessen man zu einem sehr ähnlichen Ergebnisse wie für „dauernd“ kommt (vgl. Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen Bd. 1 S. 21 in Verbindung mit der Preuß. A.G.O. I 2 § 10). Endlich noch in § 133c Gew.O. für den Ausdruck „anhaltend“ (vgl. das Urteil des Reichsgerichts vom 4. Februar 1902 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 354).

[79]) So auch Staudinger a. a. O. Bd. 2 S. 421 Anm. III zu § 617 und Crome, System Bd. 2 S. 650 Anm. 26, der Verkehrsgrundsätze mitentscheiden lassen will.

[80]) Kuhlenbeck, Kommentar Anm. 1 zu § 617; dagegen mit Recht das Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 27. November 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 325. Auch der Ansicht von Cosack Bd. 1 S. 513 Nr. 6 und von Staub Bd. 1 S. 269 Anm. 12 zu § 66 H.G.B., daß ein sechswöchentlicher Dienstvertrag kein dauernder ist, kann nicht gefolgt werden.

beizutreten, obwohl auch nicht verkannt werden soll, daß mitunter die sechs Wochen berücksichtigenswert sein können.

Vollständige oder hauptsächliche Inanspruchnahme der Erwerbstätigkeit.

Der Sinn auch dieses Ausdruckes, der sich beispielsweise noch in den §§ 622, 623 BGB. und in § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869 findet, ist nicht ohne weiteres klar und bedarf einiger Worte zur Erläuterung.[81])

Es ergeben sich darüber Zweifel, wann die Erwerbstätigkeit hauptsächlich in Anspruch genommen ist. Wonach bestimmt sich dieser Maßstab?

Auszuscheiden ist die Ansicht, nach welcher ein Vorliegen der in Rede stehenden Voraussetzung als regelmäßig dann gegeben angenommen wird, wenn eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft stattgefunden hat,[82]) und ebenso die, nach welcher die mehr oder minder lange Dauer des Dienstverhältnisses das unterscheidende Merkmal bildet.[83]) Das kann nicht gemeinhin entscheidend sein. Dann hätte der Gesetzgeber dieses Kriterium nicht ausdrücklich aufgestellt.

Nur zweierlei kann Merkmal sein. Entweder entscheidet die Leistungszeit, oder es entscheidet das Einkommen, welches der Dienstverpflichtete aus dem Dienstverhältnisse bezieht.

Der Theorie, nach welcher letzteres ausschlaggebend ist,[84]) kann nicht gefolgt werden. Aus Gesetz und Sprachgebrauch ergibt sich nicht, daß ein Dienstverhältnis, welches die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten hauptsächlich in Anspruch nimmt, dessen hauptsächlichste Einkommensquelle bilden muß. Das Wort „Erwerbstätigkeit" in § 617 ist nur als Gegensatz zu unentgeltlicher Tätigkeit gewählt. Hieße es statt „Erwerbstätigkeit" in § 617 bloß „Tätigkeit", so wäre man zu der

[81]) A. A. **Oertmann** Anm. 2c zu § 617 und **Staudinger** a. a. O. Bd. 2 S. 121 Anm. III 2 zu § 617. Richtig **Mandry-Geib**, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl., S. 247.

[82]) So **Staudinger** a. a. O. Bd. 2 S. 421 Anm. III 2 und ähnlich **Goldmann-Lilienthal** S. 622.

[83]) So anscheinend für § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes **Mandry-Geib**, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl., S. 247.

[84]) **Sigel** a. a. O. S. 105.

Annahme gezwungen, daß jemand, dessen Tätigkeit in einem Dienstverhältnisse nur kurze Zeit in Anspruch genommen ist, und der ohne Vergütung für sich oder andere während der ihm freigebliebenen Zeit weit länger tätig ist, z. B. ein Hauslehrer, welcher zwei Stunden täglich seinem Zögling Unterricht erteilt und acht weitere Stunden mit Studien für sich ausfüllt, den Schutz des § 617 nicht genießt. Erwerbstätigkeit ist dem deutschen Sprachgebrauche zufolge eine Tätigkeit, die auf Erwerb gerichtet ist, eine Tätigkeit mit Erwerb. Der Ton liegt also auf Tätigkeit. Hauptsächlich in Anspruch genommene Erwerbstätigkeit kann nie eine Tätigkeit mit hauptsächlichem Erwerb, sondern nur eine hauptsächlich in Anspruch genommene Tätigkeit mit Erwerb bedeuten. Und das richtet sich nach der Dauer der Dienstleistungen, nicht nach der Intensität derselben und nicht nach dem Einkommen.[85]) Wie lange die Arbeitskraft des Dienstverpflichteten dem Dienstberechtigten zur Verfügung steht — das allein ist maßgebend. Sind also von einer zehnstündigen entgeltlichen Tätigkeit des C. sieben Stunden dem A. und drei dem B. gewidmet, so nimmt A. die Erwerbstätigkeit des C. „hauptsächlich“ in Anspruch, ganz gleich, ob er für die sieben Stunden nur fünf Mark, B. für die drei Stunden fünfzehn Mark bezahlt. Bloß in dem Falle, wo durch verschiedene Erwerbstätigkeiten der Dienstverpflichtete zu je gleichen Zeiten in Anspruch genommen ist, entscheidet der höhere Lohn.[86]) Sind Zeit und Lohn dagegen überall dieselben, so ist keine hauptsächlich in Anspruch genommene Erwerbstätigkeit vorhanden.

Hinzuzufügen ist noch zweierlei. Einmal ist mit zufälligen, sporadischen Diensten nicht zu rechnen. Es muß immer ein bestimmtes stetiges Verhältnis vorliegen.[87]) Und zweitens ist es völlig belanglos, ob der Dienstverpflichtete während der ihm freibleibenden Zeit, auch

---

[85]) Der gleichen Ansicht sind Lotmar S. 403 Anm. 4; Meyer in der Deutschen Juristen-Zeitung Bd. 7 S. 450; Pick, Die Lohnbeschlagnahme nach österreichischem und deutschem Rechte S. 48; Kisch in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 30 S. 450; Bezold, Das Reichsgesetz, betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes S. 116; Mandry-Geib a. a. O. S. 247 Anm. 17 und Urteil des Reichsoberhandelsgerichts vom 22. Oktober 1878 in Entsch. Bd. 24 S. 362.

[86]) Pick a. a. O. S. 48; Meyer in der Deutschen Juristen-Zeitung S. 450.

[87]) Urteil des Gewerbegerichts Stuttgart vom 14. August 1902 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 354.

wenn diese den größten Teil des Tages einnimmt, eine Erwerbstätigkeit ausüben könnte. Erwerbstätigkeit, nicht Erwerbsfähigkeit steht hier in Frage.[88])

Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft.

A. Bezüglich der „Aufnahme" — in gleicher Bedeutung findet sich das Wort „aufnehmen" in §§ 196 ad 12, 618, 701, 1093 B.G.B. — sind folgende zwei Bemerkungen zu machen:

a) Über das Wesen der „Aufnahme" ist ein Streit denkbar, welcher mit dem über die Rechtsnatur des Verlöbnisses große Ähnlichkeit aufweist. Auch hier fragt es sich, ob die „Aufnahme" als Rechtsgeschäft oder als bloße Tatsache anzusehen ist, auch hier hat man sich richtiger Ansicht nach für das erstere zu entscheiden.[89]) Die Aufnahme ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Sie kommt durch die übereinstimmenden Willenserklärungen des Dienstberechtigten und des Dienstverpflichteten zustande. Eine Aufnahme von seiten des Dienstberechtigten und ein Sichaufnehmenlassen von seiten des Dienstverpflichteten sind erforderlich. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Aufnahme im Dienstvertrage vereinbart sein muß. Sie kann natürlich ausdrücklich oder stillschweigend sich an diesen knüpfen.[90]) Die beiden die Aufnahme begründenden Verpflichtungen können aber ebensogut auf Grund eines besonderen Vertrages — entweder ausdrücklich oder stillschweigend — übernommen worden sein.

b) Es macht keinen Unterschied aus, ob die Aufnahme anfänglich beim Eingehen des Dienstvertrages oder erst nachträglich erfolgt ist.[91])

---

[88]) So richtig Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., S. 618 Anm. 1b; Lotmar S. 403 Anm. 4. A. A. Reichsoberhandelsgericht Bd. 24 S. 363, 364; Vierhaus, Sammlung kleinerer privatrechtlicher Reichsgesetze S. 23; Mandry-Geib a. a. O. S. 247 Anm. 10; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 109 Anm. 6, der sich der Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts unter der Voraussetzung anschließt, daß der Dienstverpflichtete zu anderweitigem Verdienste Gelegenheit hat.

[89]) Siehe für das Verlöbnis z. B. Dernburg Bd. 4 S. 22 und Kuhlenbeck, Kommentar, 2. Aufl., Bd. 2 S. 343.

[90]) Bei stillschweigender Übernahme durch den Dienstvertrag richtet sich das Dasein der Aufnahme nach der Verkehrssitte, z. B. bei einem Dienstvertrage mit städtischem Gesinde oder mit Haushälterinnen. Vgl. dazu Lotmar S. 658; Kähler, Gesindewesen und Gesinderecht S. 133.

[91]) Oertmann S. 338 Anm. 2c.

B. Der Begriff der „häuslichen Gemeinschaft" erfordert ein näheres Eingehen.

a) In § 617 sowie in den Stellen des B.G.B., wo der Ausdruck „häusliche Gemeinschaft" noch vorkommt (§§ 618, 1358, 1567, 1571, 2028), werden keinerlei Anhaltspunkte geboten. Auch kann der Ansicht, daß § 618 Abs. 2 B.G.B. mittelbare Auskunft gibt,[92]) nicht beigetreten werden.[93]) § 618 Abs. 2 — ganz entsprechend § 62 Abs. 2 H.G.B. — sagt nur, daß, falls bei Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft Wohn- und Schlafraum sowie Verpflegung gewährt werden, in Ansehung dieser der Dienstberechtigte gewisse Einrichtungen und Anordnungen zu treffen hat, keineswegs aber, daß Wohn- und Schlafraum sowie Verpflegung gewährt werden müssen. Sollte sich aus § 618 Abs. 2 eine derartige Folgerung für den § 617 wirklich herleiten lassen, so müßte man entweder annehmen, daß nur die Gewährung von Wohn-, Schlafraum und Verpflegung zusammen eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft bewirken kann, oder eines von den dreien genügt.[94]) Das ist unbedingt nicht richtig. Wollte man dieser Ansicht folgen, so würde man sich zweifellos in einem zu Hoch oder zu Niedrig vergreifen und in kleinliche Engherzigkeit oder zu weitgehende Leichtfertigkeit verfallen. Beides würde dem gesetzgeberischen Willen nicht entsprechen.

b) Zu prüfen ist, ob sich aus ähnlichen Ausdrücken im B.G.B. Anhaltspunkte gewinnen lassen.

Das B.G.B. spricht in verschiedenen Paragraphen vom „Hauswesen" (§§ 845, 1356, 1617), vom „Haushalt" (§§ 196, 855, 1361, 1618, 1620, 1932) und vom „Hausstand" (§§ 1617, 1618, 1619, 1969).

Was diese Begriffe bedeuten, läßt sich aus dem Wortlaute der betreffenden Paragraphen selbst nicht entnehmen. Soviel geht jedoch aus einem Vergleiche zwischen ihnen hervor, daß Hauswesen, Haushalt und Hausstand sich — wie das ja auch im Sprachgebrauche der Fall ist[95]) — decken.

[92]) Lotmar S. 658; Goldmann-Lilienthal S. 621 Anm. 7.

[93]) So richtig Oertmann S. 338 Anm. 2c.

[94]) Letztere Ansicht wird von Goldmann-Lilienthal S. 621 Anm. 27 vertreten.

[95]) Vgl. Adelung, Grammatisch-kritisches Wörterbuch Bd. 2 S. 1033 unter „Hauswesen"; Heyne, Deutsches Wörterbuch, kleine Ausgabe, S. 545 unter „Haushalt" und „Hausstand"; Grimm, Deutsches Wörterbuch 4. Bd. 2. Abt. S. 670 unter „Haushalt" und S. 690 unter „Hausstand".

Eine Definition ist, wie gesagt, für diesen gemeinsamen dreinamigen Begriff nirgends im B.G.B. gegeben. Es steht also nichts im Wege, ihn so zu bestimmen, wie die Wissenschaft ihn für die Volkswirtschaftslehre sowohl wie für andere Gesetze festgelegt hat. Danach ergibt sich, daß der Haushalt (Hausstand, Hauswesen) die Wirtschaftsführung eines einzelnen oder einer Mehrheit von Personen, unter dem Gesichtspunkte der Ordnung ihres Güterverbrauches betrachtet, ist,[96]) und man von Zugehörigkeit jemandes zum Haushalte (Hausstand, Hauswesen) eines anderen nur sprechen kann, wenn er zu dem Kreise der unter einem Oberhaupte vereinigten und von diesem wirtschaftlich abhängigen Personen gehört.[97]) Die Merkmale der Zugehörigkeit zum Haushalte sind demnach: Vorhandensein eines Oberhauptes, eine einheitliche Wirtschaftsführung und wirtschaftliche Abhängigkeit. Dieser Begriff der Zugehörigkeit zum Haushalte kann sich nicht mit dem der Zugehörigkeit zur häuslichen Gemeinschaft decken. Ersterer ist weitergehend, zu letzterem muß mehr gehören. Das ergibt sich schon aus der gewöhnlichen Lebensauffassung und der Wahl dieses besonderen Wortes in § 617. Sonst hätte hier das B.G.B. wie etwa in den §§ 1617, 1618, 1619, 1969 gesagt, falls die Dienstverpflichteten „zum Hausstande — des Dienstberechtigten — gehören" oder den in § 22 K.O. sich findenden Ausdruck „ein in dem Haushalte angetretenes Dienstverhältnis" gebraucht, oder wie in § 11 des Preußischen Einkommensteuergesetzes vom 24. Juni 1891 von „Angehörigen der Haushaltung", oder wie § 22 des Gewerbe-Unfallversicherungsgesetzes und § 22 des Land- und Forstwirtschaft-Unfallversicherungsgesetzes und § 7 Ziff. 1 des Krankenversicherungsgesetzes von „Mitgliedern der Haushaltung", oder wie das neue Kinderschutz-Gesetz, das nach seinem § 31 am 31. Januar 1904 in Kraft treten wird, von Dienstverpflichteten, die „zu dem Haushalte desjenigen gehören, welcher sie beschäftigt", gesprochen. Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ist zwar ohne Zugehörigkeit zum Haushalte nicht denkbar. Aber es kann eine Zugehörigkeit zum Haushalt ohne Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft geben.[98]) Haushaltungszugehörigkeit verhält sich

---

[96]) Philippovich, Grundriß der Volkswirtschaftslehre Bd. 1 S. 324.

[97]) Fuisting, Die Preußischen direkten Steuern, 4. Aufl., Bd. 1 S. 111, 112; Dronke in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 31 S. 521.

[98]) So richtig ohne nähere Begründung Lotmar S. 658 Anm. 2; Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung, 4. Aufl., Bd. 1

zur häuslichen Gemeinschaft ähnlich wie eheliche Gemeinschaft zur häuslichen Gemeinschaft.[99]) Die Haushaltungszugehörigkeit und die eheliche Gemeinschaft werden durch Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nicht unter allen Umständen notwendig beeinträchtigt. Mit der gerechtfertigten Aufhebung derselben ist die Fortdauer der einen wie der anderen wohl vereinbar.

c) Zu berücksichtigen sind die Ergebnisse der Theorie wie Praxis über den Begriff der „häuslichen Gemeinschaft" in § 62 Abs. 2 H.G.B. und in § 247 Str.G.B. sowie in der Preuß. Ges.O., die allerdings dies Erfordernis nicht ausdrücklich aufstellt, aber ihrem ganzen Systeme (vgl. insbesondere die §§ 86, 93) und dem § 4 A.L.R. I 1 nach kennt, welcher das Gesinde mit zur „häuslichen Gesellschaft" rechnet.[100]) Ein fester Maßstab wird aber in keinem dieser Gesetze geboten.

d) Darüber, wann der Dienstverpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, bestehen also nach wie vor Zweifel.

Von den vielen Theorien, die über den in Frage stehenden Kautschukbegriff aufgestellt worden sind, fassen einige die häusliche Ge-

---

S. 109; Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Aufl., Bd. 1 S. 183, wo treffend Bismarcks Hausarzt, Dr. Chrysander, als ein Beispiel für die sonst regelmäßig nicht erforderliche Notwendigkeit der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft für ein Dienstverhältnis „im Haushalte" angeführt wird. A. A. ist Gerhard a. a. O. S. 22 u. 26 ff., der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und Zugehörigkeit zum Hausstand als gleichbedeutend ansieht; Opet a. a. O. S. 105 Anm. 7a, der als häusliche Gemeinschaft „die Gemeinschaft der Haushaltung" bezeichnet, das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 17. Oktober 1900 bei Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts Bd. 2 S. 329 Nr. 142c, wo es heißt: „Die Ausdrucksweise „häusliche Gemeinschaft" hat hier — im § 1571 Abs. 2 B.G.B. — dieselbe Bedeutung, wie in den §§ 1567, 2028 und will nichts anderes als „gemeinschaftliche Haushaltung" besagen"; Boehm, Das Gesetz, betreffend die Erbschaftssteuer S. 155: „Unter dem Hausstande kann nichts anderes verstanden werden, als die häusliche Gemeinschaft"; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich" 2. Aufl., S. 320: „Häusliche Gemeinschaft ist Gemeinschaftlichkeit des Haushaltes (des Herdes)."

[99]) So richtig ohne nähere Begründung Süßheim im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 91 S. 406, 407; Dernburg Bd. 4 S. 80 Anm. 16; Urteil des Oberlandesgerichts Königsberg vom 9. Juni 1902 bei Mugdan-Falkmann Bd. 5 S. 399.

[100]) Nußbaum a. a. O. S. 4 u. 44; Lindenberg a. a. O. S. 5; Jacobi, Preußische Gesindeordnung S. 44; Lotmar S. 484.

meinschaft zu eng, andere zu weit auf. Da das Gesetz schweigt, so ist das Ansichtssache. Wir halten eine Unterstellung des Dienstverpflichteten in seinem dienstlichen wie außerdienstlichen Verhalten unter die Hausordnung des Dienstberechtigten für das entscheidende.[101]) Keine Gemeinschaft ohne Ordnung, keine häusliche Gemeinschaft ohne Hausordnung, keine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ohne Unterstellung unter diese.

Wie weit die Abhängigkeit von der Hausordnung zu gehen hat, hängt ganz von dem Willen des Dienstberechtigten, nie aber — das ist das ausschlaggebende Merkmal — von dem Willen des Dienstverpflichteten allein ab. Ob sie vorliegt, muß im einzelnen Falle Gegenstand tatsächlicher Würdigung sein.

Aus dieser Auffassung ergeben sich folgende Konsequenzen:

a) Der Dienstverpflichtete braucht nicht den Wohn- oder Schlaf-

---

[101]) Ebenso für das preußische Gesinderecht Zürn a. a. O. S. 5; Gerhard a. a. O. S. 28; Lindenberg a. a. O. S. 5; das Urteil des Obertribunals vom 28. Februar 1873 in Striethorsts Archiv Bd. 88 S. 217 Nr. 32. Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 617 und Matthias a. a. O. S. 520 verlangen gleichfalls Unterstellung unter die „häusliche Zucht", außerdem aber noch Wohnung und Kost. Dagegen Oertmann a. a. O. S. 338 Anm. 2c; Staudinger a. a. O. Bd. 2 S. 422 Anm. III 5. Man vergleiche auch § 121 Gew.O., wo es heißt: „Gesellen und Gehilfen sind verpflichtet, den Anordnungen der Arbeitgeber in Beziehung auf die ihnen übertragenen Arbeiten und auf die häuslichen Einrichtungen Folge zu leisten". Darin liegt ein klarer Hinweis auf häusliche Gemeinschaft, obwohl die Dienstverpflichteten, wie aus § 127 Gew.O. folgt, „weder Kost noch Wohnung" zu erhalten brauchen (a. A. freilich Lotmar S. 673). Nicht unerwähnt bleibe endlich die Ansicht, die neuerdings das Reichsgericht in seinem Urteil vom 22. Januar 1903 in Entsch. Bd. 53 S. 336ff. vertreten hat. Es wird dort S. 346 ausgeführt, daß der Begriff der häuslichen Gemeinschaft in § 1571 B.G.B. „sich wesentlich unterscheidet von der in §§ 617 und 618 B.G.B. erwähnten „häuslichen Gemeinschaft" zwischen Dienstherrn und Dienstboten und von der in § 2028 B.G.B. erwähnten „häuslichen Gemeinschaft" zwischen dem Erblasser und den zur Zeit des Erbfalles sich bei ihm aufhaltenden Personen". Ob diese Auffassung zutreffend ist und sich nicht etwa — was auf den ersten Blick wahrscheinlicher dünkt — ein einheitlicher Begriff der häuslichen Gemeinschaft mit Verschiedenheit der ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse unter den Gemeinschaftern nach Art der obigen Definition für alle im B.G.B. erwähnten Fälle ergibt, würde eine ausführliche Untersuchung verlangen, zu der hier natürlich nicht der Platz ist.

raum des Dienstberechtigten zu teilen. Er kann auch auf einem anderen Flur oder Stockwerk wohnen.

Ebensowenig ist notwendig, daß der Dienstverpflichtete — etwa wie der „Hausgenosse" in § 106 Str.P.O. — „unter das Dach", intra moenia [menial servants], aufgenommen ist, unter welchem der Dienstberechtigte wohnt, oder daß er beim Schlafen unter zweierlei Dach nur dann in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, wenn er wenigstens bei der Hauptmahlzeit die Wohnung des Dienstberechtigten zu teilen pflegt.[102]) Daß der Dienstverpflichtete im Hause des Dienstberechtigten schläft, kann nicht ausschlaggebend sein. Ebensowenig ein Wohnen in einem zur rechtlichen Verfügung des Dienstberechtigten, z. B. infolge von Miete, stehenden Raume. Man wird nach allgemeiner Lebensauffassung einerseits Aufwärterinnen, Näherinnen, Laufburschen u. dgl. nicht als in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen betrachten, auch wenn sie aus bestimmten Gründen längere Zeit im Hause des Dienstberechtigten wohnen, andererseits Kutscher, Stallknechte u. dgl. nicht deshalb als aus der häuslichen Gemeinschaft ausgeschlossen ansehen, weil sie anderswo als bei dem Dienstberechtigten schlafen. Denn jene unterliegen in der Zeit, wo sie nicht bei dem Dienstberechtigten tätig sind, gar nicht dessen Anordnungen, sondern können tun und lassen, was sie wollen. Diese aber haben sich auch im außerdienstlichen Verhalten nach den Bestimmungen des Dienstberechtigten zu richten.[103])

---

[102]) Das fordert Lotmar S. 660, sowie in ähnlicher Weise Staudinger a. a. O. Bd. 2 S. 422 Anm. III 3 und Crome, System Bd. 2 S. 650, der Aufnahme „in die Familienwohnung, in Kost und Logis" verlangt, sowie zum Teil auch die in Anm. 98, 101 u. 105 Zitierten. Richtig Oertmann S. 538 Anm. 2c und für § 247 Str.G.B. Olshausen a. a. O. S. 934 Anm. 7: „Demgemäß bedingt einerseits das Wohnen unter demselben Dache nicht notwendig eine „häusliche Gemeinschaft", andererseits aber erscheint ein solches Wohnen auch nicht unbedingt erforderlich", sowie auch Planck, Anm. 4c zu § 617: „Es ist nicht notwendig, aber auch nicht allein genügend, daß der Dienstpflichtige mit dem Dienstherrn in einem Hause wohnt."

[103]) Vgl. dazu noch die Ausführungen bei Gerhard a. a. O. S. 28. In übereinstimmender Weise hat auch das Bundesamt für das Heimatwesen in seinem Urteile vom 22. Dezember 1894 im Preußischen Verwaltungsblatt Bd. 16 S. 315 angenommen, daß die Unterordnung unter die Hausordnung des Dienstberechtigten noch nicht dadurch beseitigt wird, wenn der Dienstverpflichtete nach getroffener Abrede nicht bei dem Dienstberechtigten nächtigt.

Als ein bezeichnendes Beispiel, daß allein die Unterordnung unter die Hausordnung des Dienstberechtigten und nicht das Wohnen entscheidend ist, sei der Portier angeführt. Eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ist sowohl für den Portier eines gewerblichen Gebäudes, als auch für den Portier eines von mehreren Parteien bewohnten Mietshauses, als auch für den Portier eines Einzelfamilienhauses zu verneinen, obwohl er unter dem Dache mit dem Dienstberechtigten wohnt.[104]) Denn es liegt im Wesen der eigentlichen Portiertätigkeit, daß er, abgesehen von den ihm obliegenden Diensten, wie Öffnen und Schließen der Tür, Hausreinigung, Instandhaltung usw., mit seiner Zeit ohne, ja selbst wider den Willen des Dienstberechtigten machen kann, was er will.

β) In gleicher Weise ist die Beköstigung durch den Dienstberechtigten zur Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft weder erforderlich noch hinreichend.[105]) Sie ist nicht hinreichend, weil eine Beköstigung aus der Wirtschaft des Dienstberechtigten ohne Unterwerfung unter die Hausordnung nur eine Kostgemeinschaft, nicht eine häusliche Gemeinschaft herstellt. Sie ist nicht erforderlich, weil es vollkommen genügt, daß der Dienstverpflichtete sich der Hausordnung des Dienstberechtigten unterworfen hat.

Diese Ansicht findet eine Bekräftigung in der Preuß. Ges.O. von 1810. „Kostgeld oder die Beköstigung des städtischen und ländlichen Gesindes ohne Ausnahme hängt bloß von freier Übereinkunft bei der Vermietung ab“ (§ 32 Ges.O.). Trotzdem wird allgemein eine Aufnahme des Gesindes in die häusliche Gemeinschaft angenommen.[106])

---

[104]) A. A. Lindenberg a. a. O. S. 12, 13a.

[105]) Richtig Lotmar S. 661. A. A. außer den in Anm. 98, 101 u. 102 Zitierten noch Lipinski a. a. O. S. 58, der Wohnung und Kost verlangt; Kuhlenbeck, Kommentar Anm. 2 zu § 617, der „Abhängigkeit des Dienstpflichtigen von der Wirtschaft und Hausherrschaft des Dienstherrn in der Beköstigung und dem außerdienstlichen Verhalten“ fordert; Planck a. a. O. Anm. 4c zu § 617, der „Mahlzeiten aus der Wirtschaft des Dienstherrn“ neben Nichtführen einer eigenen Hauswirtschaft als regelmäßig ausschlaggebendes Merkmal betrachtet; Lehmann-Ring a. a. O. S. 161 Anm. 5 zu § 62 H.G.B., der „wohnen und verpflegt werden“ für entscheidend erachtet.

[106]) Damit soll aber noch nicht gesagt sein, daß Wohnung und Kost im Hause des Dienstberechtigten nicht wichtige, bedeutsame Anzeichen für die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft bilden. Sie sind nur keine Essentialen

γ) Auch die Führung eines eigenen Haushaltes ist nicht unbedingt mit der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft unvereinbar.[107]) Natürlich wird diese selbständige Haushaltung des Dienstverpflichteten infolge der Unterordnung unter die Hausordnung des Dienstberechtigten nur eine unvollständige, eine begrenzte sein.[108]) Der Dienstverpflichtete muß ja immer im Haushalte des Dienstberechtigten „den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen“ haben.[109])

δ) Bei unserer Auffassung erübrigt sich jede Erörterung darüber, als was die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft sich darstellen kann, insbesondere ob sie Naturalvergütung ist oder nicht.[110]) Denn die Unterstellung des Dienstverpflichteten unter die Hausordnung des Dienstberechtigten hat mit der Vergütung nichts zu tun. Desgleichen ist es für den Begriff der häuslichen Gemeinschaft völlig unerheblich, ob der

---

derselben, keine untrüglichen Merkmale. So bemerkt richtig Oertmann S. 338 Anm. 2c: „Bedeutsam wird ferner meist der Umstand sein, ob der Betreffende an den häuslichen Mahlzeiten der Familie des Dienstherrn teil nimmt oder wenigstens aus dessen Küche beköstigt wird“, und das Urteil des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 26. Januar 1899 in der Deutschen Juristen-Zeitung V. Jahrg. S. 120: „Die häusliche Unterordnung findet ihren Ausdruck in der Gewährung von Wohnung und Beköstigung“, wozu noch hinzuzufügen ist, daß sie ihn darin aber nicht unbedingt finden muß.

[107]) A. A. Laß a. a. O. S. 18; Nußbaum a. a. O. S. 5; Dernburg, Lehrbuch Bd. 2 S. 412; Planck Anm. 4c zu § 617.

[108]) Richtig Gerhard a. a. O. S. 29 unter d; Jacobi a. a. O. S. 45, der erklärt: „In Fällen, wo die gemietete Person einem eigenen selbständigen Haushalte vorsteht, wird meist das Gesindeverhältnis zu verneinen sein. Doch kommt es auch hier auf den einzelnen Fall an“; Lotmar S. 746, welcher Ehestand und eigenes Familienleben bei Hausgemeinschaft mit den Dienstberechtigten nur für „in der Regel tatsächlich ausgeschlossen“ erachtet, und Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 10. Juni 1895 im Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 17 S. 96, nach welchem „der Umstand, daß er — der Dienstverpflichtete — nach dem Vertrage auch freie Wohnung für sich und seine Ehefrau erhielt und in dieser Wohnung seinen eigenen Hausstand hatte, dessen Kosten er aus seinem jährlichen Lohn und Deputat bestreiten mußte“, noch nicht die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ausschließt.

[109]) Letzterer Ausdruck stammt von Dernburg Bd. 4 S. 235, wo er als Kriterium für die Hausangehörigkeit der ehelichen Kinder gebraucht ist.

[110]) Siehe Lotmar S. 657, 658.

Dienstverpflichtete für die Teilnahme am Haushalte, beispielsweise an den Mahlzeiten, ein Äquivalent gibt oder nicht.[111])

e) In engem Zusammenhange mit der Frage, was zur Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft gehört, steht die weitere Frage, wer in die häusliche Gemeinschaft aufnehmen kann. Auch hier hüllt sich das Gesetz in Schweigen. § 617 sagt nur, „Ist . . . der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen“, ohne irgendwie anzugeben, in wessen häusliche Gemeinschaft. Auch diesbezüglich bedarf es also nach verschiedenen Richtungen hin einiger aufklärender kurzer Bemerkungen.

α) Jedenfalls ist für § 617, wie in den obigen Ausführungen schon stillschweigend vorausgesetzt wurde, anzunehmen, daß die häusliche Gemeinschaft des Dienstberechtigten gemeint ist. Sonst hätte der in Rede stehende Begriff gar keinen Sinn.

β) Wie aber, wenn der Dienstberechtigte selbst eine „häusliche Gemeinschaft“ nicht hat, sondern eine einzelstehende Person, z. B. ein Junggeselle, ein unverheiratetes Mädchen, ein kinderloser Witwer ist?

Es genügt nach dem deutschen Sprachgebrauche,[112]) daß die häusliche Gemeinschaft erst durch die Aufnahme des Dienstverpflichteten gebildet wird, sie braucht nicht von vornherein vorhanden gewesen zu sein.

γ) Ein anderer Zweifel entsteht, wenn der Dienstberechtigte nicht eine physische, sondern eine juristische Person oder eine Gesellschaft zur gesamten Hand ist. Ist dann eine „häusliche Gemeinschaft“ überhaupt möglich?

Die Antwort muß eine bejahende sein. Es kann hier ebenso gut wie bei einer physischen Person ein Haushalt vorhanden sein, folglich auch eine Hausordnung bestehen, folglich auch eine Unterwerfung unter dieselbe stattfinden. Es liegt bei unserer Auffassung kein Grund vor, die Rechtsfolgen des § 617 deshalb auszuschließen, weil der Dienstberechtigte als juristische Person selbst nicht haust noch speist.[113])

---

[111]) So auch Dernburg Bd. 4 S. 235 Anm. 3 für die Hausangehörigkeit der ehelichen Kinder.

[112]) Die deutsche Sprache liebt es im Gegensatze zu anderen Sprachen, wie etwa der französischen, Zukünftiges durch Formeln der Gegenwart auszudrücken. Wir sagen z. B. „ich komme morgen“, statt „ich werde morgen kommen.“

[113]) Falls man unsere Ansicht nicht teilt, ergeben sich hier große Schwierigkeiten und Inkonsequenzen, siehe Lotmar S. 662.

Dies Ergebnis ist ein durchaus befriedigendes. Andernfalls würde man dahin kommen, daß eine häusliche Gemeinschaft, ohne irgend welche andere Änderung, nur deshalb aufhört zu bestehen, weil z. B. an die Stelle eines leibhaftigen Bäckermeisters eine Aktiengesellschaft getreten ist. Damit würden die dem Dienstverpflichteten vorteilhaften Rechtsfolgen, die § 617 mit an die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft knüpft, ohne irgend ein Verschulden seinerseits aufhören. Das wäre zweifellos eine große Ungerechtigkeit. Es würde eine Verschlechterung der Lage des Dienstverpflichteten ohne eine ausgleichende Verbesserung eintreten.

δ) Sind mehrere Dienstberechtigte vorhanden, — man denke etwa an den gemeinschaftlichen Hausstand zweier Schwestern — so haften sie als Gesamtschuldner (§ 421 B.G.B.), die, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind (§ 426 B.G.B.).

ε) Endlich sei noch erwähnt, daß der Dienstberechtigte eine eigene Wohnung oder eigene Möbel nicht zu haben braucht und doch in die häusliche Gemeinschaft aufnehmen kann. Nötig ist nicht einmal ein fester Wohnsitz. Der Dienstberechtigte kann Wohnung wie Wohnsitz fortwährend wechseln. Der Artist, der sein Wohnbedürfnis in einem Wagen, mit dem er auf Messen und Märkte fährt, befriedigt, kann sehr wohl in die häusliche Gemeinschaft aufnehmen. Auch jemand, der lediglich zur Begleitung auf eine längere Reise oder von einer Person, die z. B. in einem Bade lebt, in einer dort gemieteten möblierten Wohnung schläft und in einem Gasthause speist, angenommen worden ist, kann Hausgenosse sein.[114])

Erkrankung.

A. Von rein sprachlichem Gesichtspunkt aus bedeutet „Erkrankung" ein Krankwerden, steht also im Gegensatze zur „Krankheit", dem Kranksein.[115])

[114]) Dazu Gerhard a. a. O. S. 26, 27; Lotmar S. 659.

[115]) Siehe Heyne a. a. O. S. 325 unter „Erkrankung" und S. 664 unter „Krankheit"; Grimm, Deutsches Wörterbuch 5. Bd. S. 2038 unter „Krankheit", wo es heißt: „es ist sowohl das Kranksein, aegrotatio, als das Leiden ärztlich betrachtet, morbus." Ebenso auch Goldmann-Lilienthal S. 622 Anm. 20.

Danach würde der Dienstberechtigte nur dann, wenn der Dienstverpflichtete im Dienste krank wird und nicht dann, wenn er schon vor Antritt des Dienstes krank war, die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren haben.

B. Was sich dem Sprachgebrauche nach ergeben würde, wäre unerfreulich. Einerseits würde es in den einzelnen Fällen unmöglich oder zum mindesten äußerst schwierig und strittig sein, festzustellen, ob der Dienstverpflichtete schon vorher krank war oder erst jetzt krank geworden ist. Andererseits würde der Dienstverpflichtete, falls er wirklich schon vorher krank war, seiner Rechte aus § 617 verlustig gehen, ohne den Dienstberechtigten eines etwaigen früheren Dienstverhältnisses in Anspruch nehmen zu können. Der Begriff der „Erkrankung" wäre mithin ein recht unglücklich gewählter, ein in der Praxis so gut wie unbrauchbarer. Er wäre mit dem sozialpolitischen Zwecke des § 617, Fürsorge dafür zu treffen, daß die wirtschaftlichen Nachteile, welche Erkrankungen der Dienstverpflichteten nach sich ziehen, von diesem Teile der Bevölkerung abgewendet werden, völlig unvereinbar.

C. Es lohnt sich daher der Mühe zu untersuchen, ob auch für § 617 „Erkrankung" und „Krankheit" zwei auseinander zu haltende Begriffe sind.

a) Handelt es sich um die Bedeutung eines vom Gesetze gebrauchten Wortes, so ist zunächst zu untersuchen, ob sich im Gesetze selbst irgend welcher Anhalt dafür findet, welchen Sinn der Gesetzgeber dem betreffenden Worte beigelegt wissen wollte.

Das BGB. kennt beide Worte. Außer in § 617 spricht es noch in § 1316 sowie im E.G. Art. 46 § 50 von „Erkrankung" und in den §§ 1358, 1379, 1401, 1447, 1450, 1569, 1786, 2250 sowie im E.G. Art. 42 § 3 von „Krankheit". Eine Legaldefinition wird aber von keinem der zwei Ausdrücke gegeben, und auch aus dem Sprachgebrauche des B.G.B. erhellt nicht, daß der Gesetzgeber, wenn er von „Erkrankung" spricht, einen Unterschied zur „Krankheit" hat machen wollen. Der Grundsatz eines einheitlichen Sprachgebrauches im B.G.B. ist ja häufig nicht folgerichtig durchgeführt. Hinsichtlich der „Erkrankung" und „Krankheit" tritt das besonders in § 1316 zu Tage. Das Gesetz erklärt hier, das Aufgebot dürfe unterbleiben, wenn die „lebensgefährliche Erkrankung" eines der Verlobten einen Aufschub der Eheschließung nicht gestattet. Daß hier „lebensgefährliche Erkrankung" nichts Anderes als „lebensgefährliche Krankheit" bedeuten kann, dürfte auf der Hand liegen.

Schon daraus könnte man entnehmen, daß das, was für einen Paragraphen gilt, auch für jeden anderen gelten kann, wenn es seinem Sinn und Zweck entspricht.

b) Bestärkt wird diese Ansicht, wenn man das Krankenversicherungsgesetz, das Unterstützungswohnsitzgesetz und die neue Seemannsordnung vom 2. Juli 1902 zur Analogie heranzieht. In den beiden ersteren Gesetzen sind zwar auch an keiner Stelle die Begriffe „Krankheit" und „Erkrankung" definiert. Doch ist man hier wie dort allgemein der Auffassung, daß immer nur ein Kranksein, nie ein Krankwerden in Betracht kommen kann, auch an den Stellen, wo das Wort „Erkrankung" ausdrücklich gebraucht ist (§§ 3a, 57a, 76c K.V.G., § 29 U.W.G.)[116]) Und was die Seemannsordnung anbetrifft, so wird hier genau ebenso bald von „Krankheit" (§ 59 Ziff. 1, § 62) und bald von „Erkrankung" (§ 63) gesprochen, ohne daß irgend ein Unterschied gemacht ist.[117])

---

[116]) Vgl. z. B. Rosin a. a. O. S. 467 Anm. 10; Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 29. Januar 1903 in Arbeiterversorgung XX. Jahrg. S. 466: „Wären die Worte in § 57a „Erkrankung" und „erkranken" in dem Sinne zu nehmen, daß es auf den Zeitpunkt ankommt, in welchem ein Mitglied nach Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft erkrankt ist, so würde die mit § 57a beabsichtigte Regelung vielfach versagen. So namentlich dann, wenn die Erkrankung nicht an dem außerhalb des Kassenbezirkes belegenen Wohnort eintritt, sondern an dem innerhalb oder auch außerhalb des Kassenbezirkes belegenen Beschäftigungsort. „Erkrankung, erkranken" sind mangels eines Anhaltes für das Gegenteil in demselben Sinne zu verstehen, in dem das Gesetz das Wort „Krankheit" gebraucht"; Hoffmann, Krankenversicherungsgesetz, 3. Aufl., S. 163 Anm. 4 zu § 57a K.V.G.; Wohlers-Krech a. a O. S. 117; Eger a. a. O. S. 163 Anm. 89.

[117]) Vgl. dazu A. Olshausen in Arbeiterversorgung XX. Jahrg. S. 449ff., wo es unter anderem folgendermaßen heißt: „Die Auffassung von dem Begriffe der „Erkrankung" — als des Beginnes eines Zustandes, welcher eine Verpflegung und Heilbehandlung notwendig macht — stimmt auch mit dem Inhalt der Bestimmung des § 59 Ziff. 1 überein, nach welcher der Rheder, wenn der Schiffsmann wegen der „Krankheit" die Reise nicht antritt, bis zum Ablauf von 3 Monaten seit der „Erkrankung" für die Kosten der Verpflegung und Heilung haftet. In dieser Beziehung ist offenbar sowohl der Begriff der „Krankheit", welcher sprachlich nichts anderes als den durch die Erkrankung hervorgerufenen Zustand bedeutet, wie der Begriff „Erkrankung" als etwas in die äußere Erscheinung Getretenes aufgefaßt; denn einerseits kann naturgemäß von dem Nichtantreten des Dienstes wegen Krankheit dann nicht die Rede sein,

c) Ferner ist noch folgendes zu erwägen. § 617 bildet, wie oben schon hervorgehoben wurde, die Ausfüllung einer Lücke der reichsrechtlichen Krankenversicherung. Abgesehen vom zeitlichen Umfang ist — das wird weiter unten noch ausführlich auseinandergesetzt werden — der Inhalt des dem Dienstverpflichteten nach § 617 zustehenden Anspruchs derselbe wie der des im Krankenversicherungsgesetze dem Versicherungspflichtigen zustehenden Anspruchs, und muß es seinem Zwecke entsprechend auch sein. Würde man nun für den Begriff der „Erkrankung" in § 617 etwas Anderes annehmen als für den gleichen Begriff auf dem Gebiete des Krankenversicherungsgesetzes, so hieße das eine Schlechterstellung des Dienstverpflichteten. Dieser würde dann auch inhaltlich, nicht nur zeitlich weniger bekommen als die gegen Krankheit versicherten Personen. Der Dienstverpflichtete, welcher schon vor dem Dienstantritte krank war, würde nach § 617 keinen Anspruch haben, während der gegen Krankheit versicherte Arbeiter selbst dann einen Anspruch hat, wenn die Krankheit bei Beginn der Beschäftigung schon ausgebrochen ist. Ein derartiges Ergebnis wäre im höchsten Grade unbefriedigend und ist wohl zweifellos nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt.[118])

d) Endlich ist der mögliche Einwand, § 617 beruhe auf dem Gedanken eines Kausalzusammenhanges zwischen Dienst und Erkrankung in der Art, daß der Dienstverpflichtete gegen die Folgen alles dessen, was ihm bei Ausübung seines Dienstes in gesundheitlicher Beziehung zustoße, gesichert sein solle, und es ergebe sich hieraus, daß „Erkrankung" nur ein Krankwerden während des Dienstverhältnisses bedeuten könne, nicht stichhaltig. Ein derartiger Kausalzusammenhang liegt nicht vor. Der Dienstberechtigte haftet auch für alle nicht bei Ausübung des Dienstes zugezogenen Krankheiten des Dienstverpflichteten. Und ferner

---

wenn die Krankheit noch nicht hervorgetreten ist, also noch Niemandem, insbesondere nicht dem Schiffsmann selbst, bekannt ist. Andererseits aber erscheint es — besonders viel mit Rücksicht auf die Bestimmung in Ziff. 1 des § 59 — zweifellos, daß dem Schiffsmann auf Grund des in Ziff. 1 Bestimmten Verpflegung und Heilung auf volle drei Monate zu teil werden soll; die dreimonatliche Frist kann daher frühestens beginnen, wenn die Notwendigkeit einer Verpflegung und Heilung hervortritt, und nicht schon dann, wenn der Keim zur Krankheit gelegt wird; sonst müßte von dem dreimonatlichen Zeitraum diejenige Zeit in Abzug zu bringen sein, während welcher die Krankheit sich bis zum Hervortreten entwickelt hat."

[118]) Ebenso für die Seemannsordnung A. Olshausen a. a. O. S. 455.

müßte es bei Annahme eines Kausalzusammenhanges gleichgültig sein, ob die Krankheit bereits im Dienst oder erst nach dessen Beendigung hervortritt. Nach § 617 ist aber der Dienstberechtigte „nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus" haftpflichtig.[119])

e) „Erkrankung" bedeutet — das ist das Ergebnis, zu dem wir gelangen — mithin in § 617 dasselbe wie „Krankheit".

D. Was heißt nun aber „Erkrankung" im Sinne von „Krankheit"?

Bei der Feststellung dieses Begriffes darf man an den Erfahrungen, welche vor allem im Krankenversicherungsrechte Theorie und Praxis im ernsten Mühen von zwei Jahrzehnten gemacht haben, nicht achtlos vorübergehen. Hat doch „die Vorwelt schon vor uns gedacht!" Eine Berücksichtigung und Verwertung dessen, was hier für den Begriff der „Krankheit" die allgemeine Meinung festgelegt hat, kann für § 617 nur gute Früchte tragen.

Unter „Erkrankung" ist dementsprechend ähnlich wie im K.V.G. ein anormaler körperlicher oder geistiger Zustand zu verstehen, welcher in der Notwendigkeit einer besonderen Verpflegung und ärztlichen Behandlung oder einer von beiden zu Tage tritt.[120])

Dieser Begriff ist des Näheren dahin aufzulösen:

a) Erkrankung ist ein gegenwärtig bestehender Zustand. Sie tritt damit in Gegensatz zur Erkrankung im wörtlichen Sinne, die ein Ereignis ist.

b) Erkrankung ist ein anormaler Zustand. Keine Erkrankung ist daher ein, wenn auch das körperliche Wohlbefinden störender und von nachteiligen Folgen für die Wirtschaft begleiteter Zustand, welcher durch die natürlichen Gesetze, denen der Mensch unterliegt, bedingt ist. Solche physiologischen Erscheinungen sind Altersschwäche, Schwangerschaft, Entbindung, Wochenbett, welche allerdings die Ursache wirklicher

---

[119]) Vgl. auch hierzu wieder A. Olshausen a. a. O. S. 454, der freilich für die Seemannsordnung diesbezüglich zu einem anderen Ergebnisse kommt.

[120]) Vgl. Rosin Bd. 1 S. 294; Hahn a. a. O. S. 45; Keidel, Krankenversicherungsgesetz, 2. Aufl., S. 110; Gerhard a. a. O. S. 123. Eine ausführliche Angabe der fast durchweg übereinstimmenden Rechtsprechung findet man bei Petersen a. a. O. S. 77 Anm. 4 und im Ergänzungshefte (1903) S. 11.

Krankheiten bei Abweichungen von dem normalen Laufe jener Prozesse bilden können.[121])

c) Erkrankung ist ein anormaler Zustand schlechthin, ganz gleich, ob derselbe in einem veränderten Sein oder Geschehen sich darstellt. Damit ist eine Einschränkung des Begriffes der Erkrankung abgelehnt, welche vielfach auf medizinischem Gebiete verfochten wird. Nach dieser Ansicht ist Krankheit identisch mit Krankheitsprozeß, sind abgelaufene Prozesse, fertige anatomische Veränderungen, Mißbildungen, Verstümmelungen u. s. w. keine Krankheiten. Für die Jurisprudenz kann eine derartige auf dem Gebiete der Medizin sich rechtfertigende Anschauung keine Bedeutung beanspruchen. Im Sinne des Gesetzgebers müssen offenbar Abnormitäten der Körperbeschaffenheit dieselbe Behandlung wie Krankheitsprozesse erfahren. In diesem Sinne sind z. B. chronische Kurzsichtigkeit, ein durch Zungenlösung zu beseitigender angeborener Fehler des Zungenbändchens, Schielen, vorhandene Bruchschäden und dergl. als Erkrankungen zu betrachten.

d) Erkrankung liegt nur dann vor, wenn die Notwendigkeit einer besonderen Verpflegung und ärztlichen Behandlung oder einer von beiden zu Tage tritt.[122])

E. Von den aus der obigen Begriffsbestimmung der „Erkrankung" sich herleitenden Folgen seien die hauptsächlichsten genannt:

a) Es ist unerheblich, ob die Erkrankung schon zur Zeit der Eingehung des Dienstverhältnisses, bezw. vor der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft bestand.[123])

Der Einwand zu großer Härte für den Dienstberechtigten, den man dagegen erheben könnte, ist nicht berechtigt. Denn zu Grunde gelegt

---

[121]) Vgl. dazu Ziegler, Lehrbuch der allgemeinen Pathologie und pathologischen Anatomie Bd. 1 S. 4: „Der Zustand des Organismus, welchen wir als Krankheit bezeichnen, ist in erster Linie dadurch gekennzeichnet, daß ein Teil der Funktionen des Organismus sich nicht mehr in einer Weise vollzieht, welche wir, weil allen Menschen zukommend, als normal betrachten."

[122]) Vgl. zu dem Gesagten die eingehenden und zutreffenden Ausführungen bei Rosin Bd. 1 S. 294 ff.

[123]) A. A. Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 617; Planck Anm. 4d zu § 617; Oertmann S. 338 Anm. 3; Goldmann-Lilienthal S. 622 Anm. 20; Lindenberg a. a. O. S. 90 Anm. 4; Cosack Bd. 1 S. 526; Staub Bd. 1 S. 262 Anm. 9; Staudinger a. a. O. Bd. 2 S. 422 Anm. IV, 1; Crome, System Bd. 2 S. 650 Anm. 30. Richtig Nußbaum a. a. O. S. 45.

wird immer ein gültiger Dienstvertrag, kein anfechtbarer, wie schon eingangs erwähnt ist. Wenn aber der Dienstverpflichtete bereits bei Abschluß des Dienstvertrages krank war und selbst davon nichts wußte, so steht ja dem Dienstberechtigten nach allgemeinen Grundsätzen ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums und damit die Möglichkeit einer Lösung des Vertrages, also einer Entledigung aller mit diesem verknüpften Verbindlichkeiten zu. Der Dienstberechtigte kann den Vertrag „anfechten", d. h. bewirken, daß dieser „als von Anfang an nichtig anzusehen" ist (§ 142 B.G.B.), wenn er sich bei Eingehung des Dienstvertrages in einem Irrtum „über solche Eigenschaften der Person, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden" (§ 119 Abs. 2 B.G.B.), befunden hat und anzunehmen ist, daß er den Vertrag „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles" (§ 119 Abs. 1 B.G.B.) nicht eingegangen sein würde. Und falls der Dienstverpflichtete bei Eingehung des Dienstvertrages krank war, seinen Zustand gekannt und ihn dennoch arglistig verschwiegen hat,[124]) so kann der Dienstberechtigte auf Grund des § 123 B.G.B. den Dienstvertrag anfechten, wobei er hier dies nicht „unverzüglich", wie im Falle des Irrtums (§ 121 B.G.B.), sondern während eines Jahres a tempore scientiae zu tun hat (§ 124 B.G.B.).[125])

b) Es ist unerheblich, ob eine allgemeine Disposition des Dienstverpflichteten zu Erkrankungen dieser Art bestand, oder der Keim der betreffenden Erkrankung bei ihm schon vor dem Abschlusse des Dienstvertrages oder vor der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft vorhanden war.[126])

---

[124]) Die nach § 123 B.G.B. erforderliche „arglistige Täuschung" kann in arglistigem Verschweigen bestehen, siehe Gareis, Kommentar zum allgemeinen Teil S. 149 Anm. 2; Kuhlenbeck, Kommentar Bd. 1, 2. Aufl., Anm. 2 zu § 123.

[125]) Planck Anm. 4d zu § 617 bemerkt noch richtig, daß regelmäßig „falls der Dienstpflichtige die Sachlage verheimlicht hat, ein Kündigungsrecht nach §§ 626—628 begründet" ist, und daß der Dienstverpflichtete möglicherweise, „wenn er den Dienstberechtigten betrügerischer Weise zur Eingehung des Dienstverhältnisses bestimmt hat, auch nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff.) haftbar" sein wird.

[126]) So richtig Oertmann S. 338 Anm. 3; Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 3 zu § 617; Goldmann-Lilienthal S. 622 Anm. 20; Cosack, Bd. 1 S. 526; Staub S. 262 Anm. 9; Staudinger S. 422 Anm. IV, 1. A. A. Lindenberg a. a. O. S. 91 Anm. 4, der hier die Ärzte entscheiden lassen will. Für das

c) Es ist unerheblich, ob die Erkrankung durch den Dienst — z. B. der Dienstverpflichtete fällt beim Fensterputzen von der Trittleiter und verletzt sich — oder bei Gelegenheit desselben — z. B. der Dienstverpflichtete wird beim Einkaufen überfahren — oder sonst irgendwie entstanden ist. Der Anspruch ist ja, wie bereits oben betont wurde, nicht davon abhängig, daß die Erkrankung mit den Diensten im Zusammenhange steht.[127])

d) Als Beginn der Erkrankung ist der Zeitpunkt zu bezeichnen, in welchem zuerst die Notwendigkeit einer besonderen Verpflegung und ärztlichen Behandlung oder einer von beiden zu Tage getreten ist, ganz gleich, ob etwa eine Krankheit im medizinischen Sinne schon früher bestand.

Wann dies der Fall ist, bestimmt sich regelmäßig nach objektiven, von Sachverständigen festzustellenden Merkmalen, nicht nach der Ansicht oder der Handlungsweise des Dienstverpflichteten. Das Gesetz macht die Unterstützungspflicht des Dienstberechtigten lediglich von der Tatsache des Bestehens einer Erkrankung im obigen Sinne abhängig, erklärt es also für nicht notwendig, daß ein subjektives Fürsorgebedürfnis des Erkrankten selbst durch Inanspruchnahme ärztlicher Hülfe usw. oder durch eine diesbezügliche Anzeige hervorgetreten ist.

e) Als Ende der Erkrankung ist in entsprechender Weise der Zeitpunkt zu bezeichnen, in dem eine besondere Verpflegung und ärztliche Behandlung oder eins von beiden nicht mehr erforderlich sind, ganz gleich, ob eine Krankheit im medizinischen Sinne noch fortbesteht. Bei Rekonvaleszenz und Siechtum ist daher, selbst wenn eine ärztliche Behandlung nicht mehr notwendig ist, die Erkrankung als nicht beendet anzusehen, falls noch eine besondere Verpflegung von nöten. Liegt auch diese nicht mehr vor, dann ist die Krankheit beendet, selbst wenn der normale vor der Erkrankung bestandene körperliche oder geistige Zustand nicht wieder hergestellt oder Erwerbsunfähigkeit eingetreten ist.

f) Als neue Erkrankung ist endlich folgerichtig jeder neue Fall, der die betreffende Unterstützung erfordert, zu bezeichnen, ganz gleich

---

Schweizer Obligationenrecht nimmt Schneider-Fick a. a. O. S. 532 in Anm. 14 unter Anziehung zweier Genfer Entscheidungen an, daß Art. 341 nicht bei einer chronischen, auf konstitutioneller Anlage beruhenden Krankheit Platz greift.

[127]) Oertmann S. 338 Anm. 3; Cosack Bd. 1 S. 526; Goldmann-Lilienthal S. 623.

ob sie auf Grund alter, nicht gehobener Krankheitsursachen entstanden ist. Es genügt, daß die Fälle sich als mehrere Erkrankungen im Rechtssinne darstellen, d. h. daß zwischen ihnen eine Zeit liegt, in der weder ärztliche Behandlung noch eine erforderliche Verpflegung notwendig war. Ob ein medizinischer Kausalzusammenhang mit einer früheren Erkrankung besteht, bleibt gleich. Demgemäß ist bei gewissen chronischen, einige Zeit gelegentlich verschwindenden, dann aber von neuem hervortretenden Erkrankungen, z. B. bei Lungen- und Rheumatismusleiden sowie bei Verletzungen, die sich von Zeit zu Zeit erfahrungsgemäß entzünden, immer wieder ein neuer Fürsorgeanspruch auf sechs Wochen gegeben. Kränkliche Personen bilden hiernach eine sehr schwere Belastung des Dienstberechtigten; dieser kann sich nur durch vorherige sorgfältige Untersuchung oder Befragung des Dienstverpflichteten bei Eingehung des Dienstvertrages in der Weise der Fürsorgeverpflichtung entziehen, daß er in einem solchen Falle den Dienstvertrag nicht eingeht.

Verfehlt wäre hingegen weiter zu schließen, daß neue Erkrankungen immer dann schon gegeben sind, wenn etwa die ärztlichen Besuche nicht täglich stattgefunden haben oder nur von Zeit zu Zeit Arzneien verabfolgt worden sind, und daß der Eintritt einer neuen Krankheitsursache eine neue Erkrankung begründet. Es kann einerseits nur darauf ankommen, ob die betreffende Behandlung als eine einzige und einheitliche anzusehen ist,[128]) und es muß andererseits die Krankheitsursache stets belanglos bleiben. Denn die Fürsorge des Dienstverpflichteten „im Falle der Erkrankung“ hat, wie immer wieder betont werden muß, nach der Tendenz des § 617 den Zweck, im gewissen Maße, insbesondere in gewissen zeitlichen Grenzen, Abhilfe gegen die wirtschaftlichen Folgen des Krankseins für den Dienstverpflichteten zu schaffen. Dieser Zustand, nicht die Ursache des Zustandes, bildet den Grund zur Fürsorge des Dienstberechtigten. Nur daß der Dienstverpflichtete infolge von Krankheit unterstützungsbedürftig, nicht aber, daß seine Erkrankung Influenza oder Beinbruch ist, kommt in Betracht. Daher ist es belanglos, ob Influenza und Beinbruch von vornherein zusammenfallen, oder ob während des Bezuges der betreffenden Unterstützung wegen Influenza der Dienstverpflichtete sich noch ein Bein bricht. Eine während des Krankseins vor dem Fortfalle der Notwendigkeit einer erforderlichen Verpflegung und

[128]) Vgl. dazu A. Olshausen im Verwaltungsarchiv Bd. 12 S. 54.

ärztlichen Behandlung hinzutretende, sei es auch noch so verschieden geartete Krankheitsursache kann nicht als neue Erkrankung angesehen werden und vermag nur Grund für die Verlängerung der schon bestehenden Erkrankung zu geben, nicht aber eine Verlängerung des Unterstützungsanspruchs über die gesetzlichen sechs Wochen hinaus zu bewirken oder neue sechs Wochen in Lauf zu setzen.[129])

F. Zum Schlusse über die Voraussetzung „Erkrankung" sei noch bemerkt, daß es dem Dienstberechtigten in allen Fällen, wo die Erkrankung erheblich ist, unbenommen bleibt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist infolge eines „wichtigen Grundes" nach § 626 B.G.B. zu kündigen. Doch wird durch die so herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses die Pflicht des Dienstberechtigten nicht beseitigt (§ 617 Satz 4).

IV.

Inhalt der Verpflichtung.

Den Inhalt der Verpflichtung des Dienstberechtigten, auf deren Erfüllung der Anspruch des Dienstverpflichteten bei Vorhandensein der soeben erläuterten Voraussetzungen geht, bilden „die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen", welche „durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden", und deren Kosten „auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden" können.

Erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung.

A. Zunächst ist über den Begriff der Erforderlichkeit zu handeln.

a) Der Ausdruck „erforderlich" bezieht sich sowohl auf die Verpflegung wie auf die ärztliche Behandlung und bestimmt nicht nur das „Ob", sondern auch das „Inwieweit" der Fürsorgepflicht.

b) „Erforderlich" sind im Sinne des § 617 diejenige Verpflegung und ärztliche Behandlung, welche nach der objektiven Art des zu behandelnden Zustandes zur Erreichung der Zwecke, denen eine Verpflegung und ärztliche Behand-

[129]) Hahn in Arbeiterversorgung Bd. 13 S. 1 ff.; Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 9. Juni 1902 in Arbeiterversorgung Bd. 20 S. 131.

lung überhaupt zu dienen haben,[130]) im einzelnen Falle angemessen sind. Das wird immer nach billigem Ermessen (§ 242 B.G.B.) unter Würdigung aller Verhältnisse zu beurteilen sein.

Jedenfalls genügt es, wenn die betreffende Fürsorge „wünschenswert“ oder „rätlich“ erscheint, um einen erzwingbaren Anspruch darauf zu gründen. Denn eine Heilbehandlung, die behufs Herbeiführung oder Beschleunigung der Gesundheit „wünschenswert“ oder „rätlich“ ist, muß dem Sinne des § 617 nach, der ja die alsbaldige Genesung des erkrankten Dienstverflichteten zu fördern trachtet, als „erforderlich“ angesehen werden.[131])

Daraus ergibt sich endlich, daß die „gewöhnliche“ Verpflegung und ärztliche Behandlung nicht als genügend zu erachten sind.

Bei vorliegender Notwendigkeit bildet zu große Kostspieligkeit keinen Grund zur Ablehnung. Natürlich braucht von mehreren nach dem Stande der Wissenschaft anwendbaren Arzeneien nicht gerade die wirksamste und teuerste gewählt zu werden. Kann dem Heilzwecke in billiger Weise genügt werden, so ist der Dienstberechtigte zum Mehraufwande nicht verbunden.[132])

c) In Betracht kommt bei Beurteilung der Erforderlichkeit zunächst der objektive Körperzustand, dem die Behandlung gilt, in Verbindung mit den Zwecken, welche mit dieser erreicht werden sollen. Danach können vor allem eine Verpflegung und ärztliche Behandlung nicht dann als „erforderlich“ erscheinen, wenn nach dem objektiven Tatbestande die Ziele, welche mit ihnen erreichbar sind, sich auch ohne sie durch die Wirksamkeit und Heilkraft der Natur verwirklichen, oder wenn andererseits jene Ziele auch trotz aller behandelnden Maßnahmen nach objektiver Beurteilung nicht erreicht werden können.[133])

---

[130]) D. h. um das Leben zu erhalten, die Gesundheit wiederherzustellen, Verschlimmerungen zu verhüten, Erleichterungen zu verschaffen. Siehe Olshausen im Verwaltungsarchiv Bd. 12 S. 12.

[131]) Vgl. dazu für das K.B.G. das Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 10. April 1902 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 342; a. A. Hahn S. 55.

[132]) Rosin Bd. 1 S. 381. Hiernach beantworten sich auch die in der Praxis hervortretenden Fragen nach der Zuziehung eines Spezialarztes und der Gewährung einer mit besonderen Kosten verbundenen operativen Behandlung.

[133]) Dazu Rosin a. a. O. S. 322 u. S. 381.

d) In Betracht kommen ferner die subjektiven Verhältnisse desjenigen Menschen, für welchen die Fürsorge bestimmt ist.

So namentlich seine sonstige physische Beschaffenheit. Bei einem schwachen oder kränklichen Menschen kann eine vorsorgliche Zuziehung des Arztes geboten sein. Die Behandlung eines durch einen Unfall Verletzten wird anderen Anforderungen zu genügen haben, wenn es sich um einen gesunden oder um einen schon mit Krankheit behafteten Menschen handelt.

Ferner die professionelle Lebensstellung. Mit Rücksicht auf den Beruf kann dieselbe Krankheit für den einen störend sein und deshalb eine Behandlung verlangen, für den anderen nicht.[134])

Keineswegs darf jedoch die soziale Stellung des Dienstverpflichteten berücksichtigt werden. Es verbietet sich aus der Tendenz des § 617, in objektiv gleichen Fällen den einen Dienstverpflichteten nur wegen seiner höheren gesellschaftlichen Stellung mehr zu schonen, besser zu verpflegen, durch einen tüchtigeren Arzt behandeln zu lassen als einen anderen, — außer natürlich, wenn dies wegen einer hier häufig anzutreffenden schwächeren oder empfindlicheren Körperbeschaffenheit geboten ist. Grundsätzlich sind vor dem § 617 alle Dienstverpflichteten gleich, und läßt sich nicht etwa, wie es Rosin für das Reichsversicherungsrecht getan hat,[135]) einwenden, es sei nicht Aufgabe der sozialpolitischen Gesetzgebung, „die durch die wirtschaftliche Gliederung der Gesellschaft bedingten Standesunterschiede auf kommunistischem Boden zu beseitigen“. Es findet sich keinerlei Anhalt in § 617, eine Behandlung mit sozialen Unterschieden anzunehmen.[136])

e) Nicht in Betracht kommen die subjektiven Verhältnisse der Dienstberechtigten. Der Ansicht Dernburgs,[137]) die Vorschrift mache

---

[134]) Rosin Bd. 1 S. 323. Arbeiterversorgung Bd. 6 S. 554: Perücke als Heilmittel für Haarschwund bei einer Servierkellnerin in einem Hotel.

[135]) Rosin a. a. O. S. 323.

[136]) Vgl. dazu Hahn a. a. O. S. 55 und in Arbeiterversorgung Bd. 14 S. 329 ff.

[137]) Lehrbuch Bd. 2 Abt. 2 S. 394. Die Ansicht bezieht sich allerdings zunächst nur auf das Wort „erforderlich“ in § 618. Es darf aber wohl behauptet werden, daß Dernburg auch für den Begriff „erforderlich“ in § 617 — schon darum, weil er zuerst § 618 und dann § 617 behandelt, — nicht anderer Meinung ist.

„dem guten Herzen des Gesetzgebers Ehre", sei aber „cum grano salis zu nehmen", ist nicht zu folgen. Es erscheint als eine Verkennung der hohen sozialpolitischen Aufgabe des § 617, wenn man wie Dernburg annimmt: „Ist z. B. die Familie des Dienstherrn selbst durch schwere Krankheit getroffen, so müssen unter Umständen die Rücksichten auf die Gesundheit des Dienstpflichtigen zurücktreten. Wenn der Dienstherr selbst aus Not, wie der Dienstpflichtige beim Dienstvertrage wußte, sich kümmerlich und unhygienisch behelfen muß, können seine Dienstleute nicht mehr verlangen".

f) Gleichgültig ist, ob der erkrankte Dienstverpflichtete ein langjähriger Angestellter des Dienstberechtigten ist, und ob die Verpflegungs- und Behandlungskosten in irgend welchem Verhältnisse zu dem Werte der dem Dienstverpflichteten obliegenden Arbeit und zu dessen Lohnansprüchen stehen.[138])

B. Was hat man unter dem Doppelbegriff „Verpflegung und ärztliche Behandlung" zu verstehen?

a) Festzustellen ist zunächst, daß in der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung alles inbegriffen ist, was nach § 6 Abs. 1 Ziff. 1 K.V.G. zu leisten ist, obwohl hier der Ausdruck „freie ärztliche Behandlung, Arznei, sowie Brillen, Bruchbänder und ähnliche Heilmittel" gebraucht ist.[139]) Es sind deshalb hier diesbezüglich die Ergebnisse des Krankenversicherungsrechts weitgehend zu verwerten.

---

[138]) Cosack Bd. 1 S. 526.

[139]) Derselben Ansicht sind Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 27. November 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 324; v. Brauchitsch a. a. O. S. 44 Anm. 2 zu § 44 K.V.G.; Hoffmann im Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 23 S. 219 und in seinem Krankenversicherungsgesetz S. 27 Anm. 2 zu § 4 K.V.G.; Hilse im Recht Bd. 6 S. 204; a. A. Laß a. a. O. S. 18 unter Nr. 5c und Arbeiterversorgung Bd. 17 S. 79 unter Nr. 2, wo zur „Verpflegung" auch Gewährung von Unterkunft, Beköstigung, Wartung usw. gerechnet, diese also im Sinne von § 7 K.V.G. angesehen wird. Nun redet aber § 617 B.G.B. überhaupt gar nicht von Verpflegung, sondern von „erforderlicher Verpflegung". Auch folgt die Unrichtigkeit dieser Ansicht aus § 617 Abs. 2, nach dem der Dienstberechtigte von seiner Fürsorgepflicht befreit ist, wenn durch Krankenversicherung für den Dienstverpflichteten Vorsorge getroffen ist. Denn freie Kur und Verpflegung in einem Krankenhause „kann" nach § 7 K.V.G. gewährt werden, braucht es aber nicht. Einen Anspruch hat der Versicherte allein auf die Leistungen aus § 6 K.V.G. Nur die Mehrkosten, die der Dienstverpflichtete infolge der Erkrankung hat,

b) Was den Ausdruck „erforderliche Verpflegung“ anbetrifft, so ist darunter im allgemeinen im Gegensatze zur persönlichen Tätigkeit des Arztes jedes zur Heilung oder Linderung des Krankheitszustandes oder zur Sicherung des Heilerfolges dienende sächliche Mittel zu verstehen.[140])

Da § 617 selbst keine Anhaltspunkte zu einer weiteren Auslegung der „erforderlichen Verpflegung“ gibt, so werden stets in concreto die tatsächlichen Verhältnisse für die Entscheidung ins Gewicht fallen. Immerhin aber lassen sich folgende maßgebende Punkte herausheben, die gegebenenfalls eine minder schwierige Beurteilung der Tatfragen ermöglichen können.

1. Es scheiden regelmäßig alle Mittel aus, welche nicht zur Bekämpfung der Erkrankung, sondern nur zur Erhaltung der Gesundheit notwendig sind. Wein, Spirituosen, stärkende Speisen, jede etwa notwendige besondere Nahrung, Mineralwasser, Bäder, Brillen, Krücken, Bruchbänder u. dgl. können solche nicht zu leistende Präventivmittel sein, ebensogut aber auch — das wird sogar häufiger der Fall sein — zur „erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung“ gehören.[141]) Es kommt dabei ganz auf die Lage des einzelnen Falles an.

2. Es scheiden regelmäßig alle Mittel aus, welche nicht zu heilen, sondern zu ersetzen bestimmt sind, wie z. B. künstliche Glieder und künst-

---

sollen, wie sich klar aus dem gewählten Wortlaute des § 617 ergibt, ersetzt werden. Kost und Wohnung als solche verlangt aber auch ein gesunder Zustand und hat unter Umständen der Dienstverpflichtete selbst zu bezahlen, da durch sie die häusliche Gemeinschaft ja nicht bedingt wird. Gehören Kost und Verpflegung jedoch zur Vergütung, so sind sie nach §§ 611, 616 B.G.B., nicht aber nach § 617 vom Dienstberechtigten zu gewähren. Eine Bekräftigung findet unsere Ansicht übrigens in der neuen Seemannsordnung vom 2. Juni 1902, in welcher der Anspruch auf Beköstigung, wie er sich aus § 54 ergibt, völlig unabhängig ist von dem Fürsorgeanspruch auf „Verpflegung und Heilbehandlung“ aus § 59. Richtig braucht Kohler a. a. O. S. 681 den klareren Ausdruck „Pflege“ statt „Verpflegung“.

[140]) Vgl. dazu Hahn S. 56; Rosin S. 378; Sauerbeck in Arbeiterversorgung Bd. 12 S. 477ff.; Oertmann S. 338 Anm. 3; Gerhard a. a. O. S. 123 Anm. 3.

[141]) A. A. ist Nußbaum a. a. O. S. 46, der die Anschaffung von Brillen, Krücken, Bruchbändern und anderen derartigen Gegenständen zu den nie vom Dienstberechtigten zu leistenden Gegenständen rechnet.

liche Gebisse, falls sie nicht zur Sicherung des Heilverfahrens notwendig sind.[142])

3. Auch zum dauernden Gebrauche bestimmte Mittel wie Brillen, Bruchbänder u. dgl. sind nur für die gesetzliche Zeit von höchstens sechs Wochen zu leisten. Nach dieser Frist kann an sich weder ein weiteres Mittel dieser Art noch eine Reparatur an dem gewährten beansprucht werden. Ändert sich ein Zustand so, daß z. B. eine andere Nummer der Brille oder eine andere Art Bruchband nötig wird, so kann dies als neue Erkrankung gelten.[143])

c) Für die Erläuterung des Begriffes der „ärztlichen Behandlung“ ist eine Beschränkung auf folgende kurze Bemerkungen möglich.

1. Ärztliche Behandlung ist die auf Heilung oder Linderung des Krankheitszustandes gerichtete Tätigkeit des Arztes.[144]) Sie kann entweder eine verordnende oder zugleich eine ausführende sein, und sowohl in positiven wie in negativen Anordnungen bestehen.[145])

2. Was man als „ärztliche Behandlung“ im einzelnen Falle näher zu bezeichnen hat, ist Sache freier Interpretation. Doch muß stets die zum Ausdrucke gelangte Absicht des Gesetzgebers maßgebend sein, daß ein Arzt dazu erforderlich ist. Arzt kann aber im Sinne des Gesetzes nur der sein, der sich so nennen darf, d. h. nur ein nach §§ 29, 147 Gew.O. approbierter Arzt (Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, Zahnarzt).

3. Über die Tätigkeit anderer, bei der Behandlung unter Umständen beteiligter Personen, welche als solche nicht zu den Ärzten gehören, z. B. der Heilgehülfen, Kranken- oder Irrenwärter, Masseure, Zahntechniker, Hebammen, ist keinerlei Bestimmung in § 617 getroffen. Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, daß jede auf Heilung gerichtete Hülfeleistung stets nur durch einen approbierten Arzt erfolgen müsse. In die ärztliche Behandlung einzurechnen und danach bei vorliegender Erforderlichkeit stets zu gewähren wird die Tätigkeit des gedachten Heilpersonals zunächst fraglos dann sein, wenn dasselbe entweder

---

[142]) So Hahn S. 56 und die dort angezogene Rechtsprechung; a. A. Rosin Bd. 1 S. 378.

[143]) Hahn S. 56.

[144]) Hahn S. 53; Rosin S. 374.

[145]) Siehe Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgerichtshofes 2. Teil S. 215.

auf Geheiß des Arztes gewisse Heiloperationen vornimmt, der Arzt also durch die Vermittlung jener Personen handelt, oder wenn es an Stelle des Arztes bei Gefahr im Verzuge und bei wesentlicher Erschwerung seiner Zuziehung Funktionen verrichtet, die in der herkömmlichen Tätigkeitssphäre des Arztes liegen und andernfalls von ihm selbst hätten vorgenommen werden müssen.

Ob die Voraussetzungen zur Zulassung einer derartigen Ersatzleistung vorliegen, ist selbstverständlich stets im einzelnen Falle unter billiger Berücksichtigung der obwaltenden Umstände zu prüfen.

Aber auch Tätigkeiten, welche, außerhalb der gewöhnlichen ärztlichen Berufssphäre liegend, ihr Wesen darin finden, sächliche Mittel der Heilung, Kräfte oder Stoffe, zu erzeugen bezw. auf den menschlichen Körper anzuwenden, z. B. Massieren, Einreiben, Elektrisieren, wird man zur „ärztlichen Behandlung“ zu rechnen haben.[146])

4. Die Behandlung seitens sogen. Naturärzte ist dagegen nie eine ärztliche Behandlung. Es kann nicht zugestanden werden, daß der Dienstverpflichtete, welcher dem approbierten Arzte kein Vertrauen entgegenbringt, sich auf Kosten des Dienstberechtigten an einen Nichtarzt wendet, und ebensowenig, daß der Dienstberechtigte nur einen Nichtarzt für den Dienstverpflichteten konsultiert.[147])

5. Schließlich darf noch eins nicht vergessen werden, daß, anders als im K.V.G., wo nach §§ 6a, 26a, 56a grundsätzlich dem Versicherten die Wahl des Arztes, der Apotheke, des Krankenhauses usw. mit der Beschränkung, daß er bei Ausübung dieses Wahlrechts sich innerhalb des Notwendigen halten muß, zusteht, in § 617 regelmäßig der Dienstberechtigte dieses Wahlrecht für sich beanspruchen darf.

Zeitlicher Umfang.

a) Die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung sind — im Gegensatze zu einem in der zweiten Kommission gestellten Antrage, der von einer „die Dauer von zwei Wochen nicht übersteigenden Zeit“

---

[146]) Diese Ansicht bricht sich neuerdings auch für das K.V.G., wo sie von praktischer Bedeutung ist, Bahn, vgl. Petersen, Ergänzungsheft [1903] S. 15. A. A. noch Rosin S. 376, 377 und Hahn S. 53, 54, 66.

[147]) So richtig Lindenberg a. a. O. S. 91; Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 1. Bd. Anm. 2 zu § 617; v. Brauchitsch a. a. O. S. 46 Anm. 3 zu § 6 K.V.G.

sprach [148]) — nach § 617 „bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus" zu gewähren. Eine in der Reichstagskommission und dann später auch in der Reichstagsplenarsitzung vom 22. Juni 1896 vorgeschlagene Erweiterung auf dreizehn Wochen nach Analogie der Krankenversicherung war nicht durchgegangen.[149])

b) Fraglich ist, von wann an die sechs Wochen zu berechnen sind. Es darf als zweifellos hingestellt werden, daß, falls Beginn der Erkrankung und Beginn der Unterstützung zusammenfallen, die sechs Wochen mit dem Beginn der Erkrankung ihren Anfang nehmen. Zweifelhaft dagegen ist, ob auch sonst. Das ist entschieden zu verneinen. Es verbietet sich von selbst, die Zeitdauer, für welche der Anspruch des Dienstverpflichteten besteht, von dem Tage des Beginnes der Erkrankung zu rechnen. Wollte man dies annehmen, so käme man, falls der erkrankte Dienstverpflichtete ohne Gewährung oder Inanspruchnahme der erforderlichen Fürsorge seine Diensttätigkeit sechs Wochen lang nach dem Eintritte der Krankheit fortgesetzt hat, zu dem offenbar nicht beabsichtigten Ergebnisse, daß dieser nun seinen Anspruch verwirkt hätte, auch wenn die Erkrankung noch sechs weitere Wochen fortdauert. Das wäre eine große Härte, zu welcher der Wortlaut des § 617 in keiner Weise nötigt. Zuzugeben ist nur, daß die Verpflichtung des Dienstberechtigten unabhängig ist von einem Anspruche des Dienstverpflichteten, d. h. daß sie Platz zu greifen hat, selbst wenn ihre Erfüllung vom Dienstverpflichteten nicht verlangt worden ist. Daraus kann aber keineswegs folgen, daß der Dienstverpflichtete nie die Befugnis zu der Bestimmung des Tages haben soll, von welchem ab nach dem Beginn seiner Erkrankung die sechs Wochen zu berechnen sind. Eine derartige Befugnis des Dienstverpflichteten läßt sich unbeschadet der Rechte des Dienstberechtigten zur Bestimmung des Eintrittes eines früheren Zeitpunktes und unbeschadet der Folgen, die eine Nichtbeachtung solcher Anordnung des Dienstverpflichteten für diesen nach sich zieht, grundsätzlich nicht beanstanden.

Die sechs Wochen laufen also nicht vom Beginn der Erkrankung, sondern von demjenigen Tage ab, von welchem die erste Unterstützung

[148]) Protokolle S. 284.

[149]) Reichstagskommissionsbericht S. 84, Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 351.

wegen der Erkrankung stattgefunden hat. Dieser Tag bestimmt sich entweder dadurch, daß der Dienstberechtigte seiner Pflicht aus eigener Initiative nachkommt oder der Dienstverpflichtete den Anspruch, sei es sofort nach Kenntnis der Erkrankung, sei es erst später, erhebt.[150])

c) Die Verpflichtung erstreckt sich auf die Dauer von sechs Wochen nur dann, wenn auch das Dienstverhältnis mindestens so lange dauert. Ist also einem Dienstverpflichteten mit Frist gekündigt, so hat er auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bei einer Erkrankung im Laufe dieser Kündigungsfrist nur bis zum Ablauf derselben einen Anspruch. Erkrankt jedoch der Dienstverpflichtete vor der Kündigung, und bildet die Erkrankung nach § 626 B.G.B. einen wichtigen Grund zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, so kann sich der Dienstberechtigte durch Ausübung dieses Kündigungsrechts seiner sechswöchentlichen Fürsorgeverpflichtung nicht entziehen. Das gilt aber nicht, falls der Dienstberechtigte die Erkrankung des Dienstverpflichteten zum Motive nimmt, um unter Einhaltung einer bedungenen oder gesetzmäßigen Kündigungsfrist von weniger als sechs Wochen zu kündigen.[151])

d) Die Fristbestimmung der sechs Wochen richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Fristen in §§ 186 ff. B.G.B. Vor allem ist also — wie in § 78a K.V.G. — der erste Tag, für welchen die Unterstützung gewährt wird, nicht in die sechs Wochen einzurechnen (§ 187 Abs. 1 B.G.B.).

e) Im übrigen ist auf die obigen Ausführungen über Beginn und Ende der Erkrankung zu verweisen.

Krankenanstalt.

a) Die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung können[152]) „durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt

---

[150]) So auch für die dreizehn Wochen im K.V.G. Hahn S. 59; v. Brauchitsch a. a. O. S. 47, Anm. 7 zu § 6 K.V.G.

[151]) So Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., S. 699.

[152]) Unter Umständen muß Krankenhauspflege gewährt werden. Nämlich dann, wenn sie zur „erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung" gehört, z. B. wenn ärztlicherseits die Unterbringung in eine Krankenanstalt als das einzig zweckmäßige Mittel bezeichnet wird, von dem eine Heilung zu erwarten ist, oder, wenn eine Operation nötig ist und diese nur in einem Krankenhause geschehen kann. Näheres Olshausen im Verwaltungsarchiv Bd. 12 S. 14 ff.

werden" (§ 617 Satz 2). Diese Bestimmung schließt sich an § 7 K.V.G. und § 90 der Preuß. Ges.O. an. Auch § 59 Abs. 3 der neuen Seemannsordnung enthält eine ähnliche Vorschrift. Das Prinzip ist überall dasselbe: Der zur Fürsorge Verpflichtete soll die Wahl haben, wie er seine Pflicht erfüllen will. § 7 K.V.G. weicht nur insofern ab, als er im allgemeinen bloß für solche Personen gilt, die weder verheiratet sind noch eine eigene Haushaltung haben oder Mitglieder der Haushaltung ihrer Familien sind, und für andere Personen allein mit deren Zustimmung zur Anwendung gebracht werden kann, während die in Rede stehende Befugnis sowohl in § 617 B.G.B. wie in § 90 Ges.O. und § 59 Abs. 3 der Seemannsordnung ohne jede Einschränkung dem Dienstberechtigten gegeben wird.

b) Durch die Vorschrift des § 617 Satz 2 ist nicht, wie man auf den ersten Blick meinen könnte, eine Alternativobligation begründet. Die Unterbringung in die Krankenanstalt ist nicht in obligatione, sondern nur in solutione. Es besteht eine obligatio cum facultate alternativa, eine Alternativermächtigung.[153])

Dieser Unterschied ist übrigens fast nur von theoretischer Bedeutung. Auch bei Annahme einer Alternativobligation würde die Weigerung des Dienstverpflichteten, sich in eine Krankenanstalt unterbringen zu lassen, ebenso die ganze Verpflichtung vernichten wie bei Annahme eines Schuldverhältnisses mit Abwendungsrecht, da nach § 262 B.G.B. der Dienstberechtigte die Wahl hat und nach § 265 B.G.B. seine Pflicht „infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat", deshalb also eine Beschränkung auf anderweitige erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung nicht eintritt. Ferner bestünde auch bei Annahme einer Alternativobligation keine Verpflichtung des Dienstberechtigten, die Unterbringung des Dienstverpflichteten in ein Krankenhaus anzuordnen oder zu bewilligen.

c) Für den Ausdruck „Krankenanstalt", der im Gesetze selbst nicht näher erläutert wird, hier also einer Erklärung bedarf, läßt sich anstandslos das übernehmen, was Theorie und Praxis für den gleichen Begriff in § 30 Gew.O. festgelegt haben. Danach ist eine Krankenanstalt eine auf gewisse Dauer berechnete Einrichtung, bei

---

[153]) So richtig Oertmann S. 339 Anm. 3; Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch S. 208.

welcher Kranke in bestimmten, dazu hergerichteten Räumen Behandlung ihrer Leiden und Verpflegung[154]) in der Weise finden, daß ihr Aufenthalt in jenen Räumen eine gewisse Dauer erreicht.[155])

Der Name tut nichts zur Sache. Auch eine „Klinik", ein „Pensionat", ein „Asyl", ein „Genesungsheim" u. dgl. können Krankenanstalt sein. Ebenso ist die Methode des Heilverfahrens unerheblich. Endlich ist es gleich, ob die Krankenanstalt eine öffentliche oder eine private ist.

d) Die Unterbringung des Dienstverpflichteten in eine Krankenanstalt ist eine besondere Form der Behandlung. Sie geht über den eigentlichen Rahmen der „erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung" hinaus. Sie umfaßt auch Unterkunft und Beköstigung, mögen dieselben nun mit Rücksicht auf den zu behandelnden Körperzustand spezifischer Natur sein oder nur der Befriedigung der gewöhnlichen Lebensbedürfnisse dienen. Ferner kommen die persönlichen Kräfte der Anstalt, z. B. Krankenwärter, dem untergebrachten Dienstverpflichteten zugute, auch wenn er dieselben außerhalb der Krankenanstalt nicht zu beanspruchen hätte. Die in der Krankenanstalt übliche Art der Preisberechnung kann dabei keinen Unterschied machen. Die Kosten des Transportes in die Krankenanstalt fallen gleichfalls in den Rahmen der geschuldeten Leistung.[156])

e) Die Entscheidung über die Gewährung der Unterbringung in eine Krankenanstalt steht, wie gesagt, ausschließlich dem Träger der Fürsorge zu.

Das Anerbieten ist nicht beschränkt auf den Zeitpunkt, in welchem der zu behandelnde Zustand beginnt, bezw. die erforderliche Ver-

---

[154]) Aus § 617 ergibt sich notwendig, daß ohne Verpflegung eine Krankenanstalt nicht möglich ist. Das dürfte für die über den Begriff „Krankenanstalt" in der Gew.O. herrschende Streitfrage, ob zu einer Krankenanstalt die Gewährung von Verpflegung gehört, in Betracht zu ziehen sein, vgl. dazu Kayser-Steininger, Gewerbeordnung, 3. Aufl., S. 65 Anm. 3.

[155]) So Rohrscheidt, Die Gewerbeordnung für das deutsche Reich S. 106; Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, 4. Aufl., S. 214, 215 Anm. 3 zu § 30 Gew.O.; Urteil des Oberlandesgerichts Celle vom 18. Juni 1900 im Gewerbearchiv 2. Bd. 3. Heft S. 414.

[156]) Rosin S. 387, 388.

pflegung und ärztliche Behandlung anheben. Es kann auch noch im Laufe jenes Zustandes gestellt werden. Dagegen wird ein Wiederaufgeben der einmal vom Dienstberechtigten gewählten und begonnenen Krankenanstaltsbehandlung jedenfalls insoweit unzulässig sein, als dadurch ein nachteiliger Einfluß auf die Behandlung nach sachverständigem Ermessen ausgeübt werden würde.

Da die Wahl der Krankenanstaltsbehandlung in freiem Gutdünken des Dienstberechtigten steht, so kann dieser sie, wenn sie vom Dienstverpflichteten gewünscht wird, auch an Bedingungen und Gegenleistungen knüpfen. Doch darf — sonst würde § 619 B.G.B. verletzt werden — eine solche Vereinbarung niemals unter das Maß derjenigen Leistungen gehen, an deren Stelle die Krankenanstaltsbehandlung in concreto getreten ist.[157])

f) Darüber, welche Folgen eintreten, wenn der Dienstverpflichtete gegen die Unterbringung in eine Krankenanstalt Widerspruch erhebt, ist in § 617 selbst nichts bestimmt. Fraglich ist zunächst, ob jede Weigerung des Dienstverpflichteten zur Vernichtung seines Anspruchs führt. Das ist zu verneinen. Die rechtliche Wirksamkeit der Einweisung in eine Krankenanstalt setzt voraus, daß die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung daselbst zweckentsprechende sind, daß die Heilung durch sie nicht vereitelt oder gefährdet wird. Ist das nicht der Fall, d. h. ergeben sich bei objektiver Beurteilung des Sachverhaltes zwingende Gründe für jene Vereitelung oder Gefährdung des Zweckes des Heilverfahrens, so hat die Weigerung des Dienstverpflichteten keine nachteiligen Folgen für ihn. Die Weigerung muß eine unberechtigte sein, um zum Verluste des Fürsorgeanspruchs zu führen. Sonst wäre einer Umgehung des § 617 Tür und Tor geöffnet. Eine andere Frage ist die, ob der Dienstverpflichtete bei vorliegender unberechtigter Weigerung seinen Anspruch nur für die Dauer der Weigerung oder auch für den ganzen noch nicht abgelaufenen Teil der Fürsorgezeit verliert. Es wird anzunehmen sein, daß der Dienstberechtigte mit dem Augenblick, in dem der Dienstverpflichtete seine Fügsamkeit zu erkennen gibt, für die noch übrige Fürsorgezeit eintreten muß.[158]) In Betracht kommen kann hier allerdings, daß in einem solchen Falle infolge Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit bei Herbeiführung der Erkrankung der Anspruch weg-

[157]) Rosin S. 388.

[158]) So auch die herrschende Meinung für das K.V.G., siehe Petersen a. a. O. S. 140, 143.

gefallen ist. Diesbezüglich ist auf die späteren Ausführungen zu verweisen.

Eine dritte und letzte Frage ist, ob auch für die Zeit der Weigerung die ganze Verpflichtung des Dienstberechtigten vernichtet wird. Da wir eine obligatio cum facultate alternativa angenommen haben, so ist die Frage zu bejahen. Darin besteht ja gerade das Wesen der Alternativermächtigung, daß sich der Schuldner von seiner Verpflichtung zu einer Leistung durch Angebot eines anderen Gegenstandes befreien kann.[159]) Daraus, daß dem Dienstberechtigten ein Recht zur Unterbringung des Dienstverpflichteten in eine Krankenanstalt eingeräumt ist, erhellt zur Genüge, daß die Weigerung des Dienstverpflichteten die ganze Verpflichtung des Dienstberechtigten vernichtet, mithin nicht nur die Folge hat, daß der Dienstverpflichtete bloß diejenigen Unkosten selbst tragen muß, die nicht entstanden wären, wenn er in das Krankenhaus aufgenommen sein würde.[160]) Eine derartige Ansicht würde unheilvolle Folgen nach sich ziehen. Besonders in der Großstadt. Hier ist es oft ungemein schwierig, die erkrankten Dienstverpflichteten im Hause zu behalten, und machen es die Verhältnisse erforderlich, daß der Dienstberechtigte seine Dienstverpflichteten in ein Krankenhaus einkauft. Wenn sich nun der Dienstverpflichtete unberechtigt weigert, in die Krankenanstalt zu gehen, so müßte nach dieser Auffassung ihm der Dienstberechtigte im Hause die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung angedeihen lassen und dürfte ihn nur wegen der Mehrkosten in Anspruch nehmen. Das ist fraglos nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen.[161])

Erwähnt sei noch, daß natürlich der unberechtigten Weigerung des Eintritts in ein Krankenhaus das unberechtigte Verlassen desselben gleichsteht.[162])

g) Der Dienstberechtigte haftet der Anstalt als Gegenkontrahent. Es stehen der Anstalt sonach weder gegenüber dem Dienstverpflichteten

---

[159]) Dernburg Bd. 2 S. 103.

[160]) So nimmt für die ähnliche Vorschrift des Preuß. Gesinderechts (§ 90) das Urteil des Landgerichts I Berlin Zivilk. 14 vom 13. Februar 1890 S. 582/89 bei Lindenberg a. a. O. S. 99 Anm. 2 an. Richtiger Ansicht ist letzterer und Staudinger S. 423 Anm. IV, 2.

[161]) Vgl. dazu für das Gesinderecht Lindenberg a. a. O. S. 99 Anm. 2; Gerhard a. a. O. S. 128 Anm. 2; Nußbaum a. a. O. S. 46; Zürn a. a. O. S. 75.

[162]) Rosin a. a. O. Bd. 1 S. 389 Anm. 24.

noch gegenüber einer etwaigen Versicherungsgesellschaft, bei welcher sich der Dienstberechtigte gegen Erkrankung seiner Dienstverpflichteten versichert hat — selbstverständlich außer in dem Falle eines zwischen Versicherungsgesellschaft und Krankenanstalt abgeschlossenen Sondervertrages — irgend welche Rechte zu. Ja, der Dienstberechtigte kann als Gegenkontrahent von der Anstalt sogar über die Zeit der sechswöchentlichen Verpflichtung hinaus in Anspruch genommen werden, sofern sich nicht aus den Umständen und Erklärungen ergibt, daß er nur bis zum Tage seiner gesetzlichen Verpflichtnng hat haften wollen.[163])

Endlich sei noch bemerkt, daß der Dienstberechtigte — allerdings mit dem bekannten Abzuge des Ersparten (vgl. § 324 B.G.B.) — auch dann haftet, wenn der Dienstverpflichtete, nachdem alles bestellt ist, nicht in die Krankenanstalt geht oder aus ihr sich früher entfernt. Tut der Dienstverpflichtete das aber darum, weil er die Heilbehandlung nicht vertragen kann, dann hat der Dienstberechtigte nur das dem wirklich Geleisteten Entsprechende zu zahlen. Es liegt Unmöglichkeit der Leistung vor: eine Heilmethode, die schädlich wirkt, ist keine Heilmethode.[164])

Anrechnung.

a) Der Dienstberechtigte erfüllt mit Übernahme der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung nur eine gesetzliche Verpflichtung. Es ist daher folgerichtig, daß er weder vertragliche noch sonstige Ersatzansprüche hat.

Diese Regel wird durch eine Ausnahmebestimmung durchbrochen. Nach § 617 Satz 3 wird dem Dienstberechtigten die Befugnis zugestanden, die ihm, sei es durch eine selbstübernommene Fürsorge, sei es durch Einweisung in die Krankenanstalt entstandenen Kosten „auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung" anzurechnen.

b) Ehe auf die juristische Konstruktion dieser Anrechnungsbefugnis eingegangen wird, sei vorweg folgendes bemerkt:

1. Es bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 611 B.G.B.) und nach den Vorschriften des § 616 B.G.B. — bezw. des § 63 H.G.B. —, ob die vertragsmäßige Vergütung geschuldet wird.

---

[163]) So richtig **Gerhard** a. a. O. S. 129 Anm. 5.

[164]) **Kohler** a. a. O. S. 657.

2. Wie sich aus dem Wortlaute der in Rede stehenden Bestimmung ergibt, ist nur der „für die Zeit der Erkrankung“, nicht der für die vorhergehende oder nachfolgende Zeit geschuldete Dienstlohn in Abzug zu bringen. Bezahlt beispielsweise der Dienstberechtigte einen monatlichen Lohn von dreißig Mark, und zieht sich der Dienstverpflichtete während dieses Monats auf drei Tage eine Erkrankung zu, für deren Behandlung der Arzt dreißig Mark Honorar beansprucht, so können nicht diese dreißig Mark, sondern nur drei Mark auf den Dienstlohn angerechnet werden.

3. Nochnichtauszahlung der Vergütung ist nicht Voraussetzung der Anrechnung. Unter „Vergütung“ ist schon dem Sprachgebrauche nach keineswegs nur eine Forderung, sondern ebensowohl ein bereits empfangenes Geldäquivalent zu verstehen, also nicht nur der rückständige, sondern auch der ausgezahlte Lohn begriffen. Hat der Dienstberechtigte im voraus gezahlt, so tritt an die Stelle des Rechts auf den Lohnabzug das Recht auf Rückforderung des Lohnes.[165])

4. Das Recht des Lohnabzuges gilt, wie der Gesetzestext klar besagt, auch dann, wenn der Dienstverpflichtete während der Zeit der Erkrankung seine Dienste fortleistet.[166])

5. Wenn dem Dienstberechtigten keine Kosten entstanden sind, z. B. weil er sich gegen Erkrankung seiner Dienstverpflichteten versichert hat, so darf dem Dienstverpflichteten auch nichts vom Lohn abgezogen werden. Denn gezahlte Versicherungsprämien sind nicht als Kosten der betreffenden Erkrankung aufzufassen, da sie ganz unabhängig davon gezahlt werden, ob der Dienstverpflichtete auch wirklich erkrankt, und ja gerade bewirken sollen, daß die Krankheit desselben nichts kostet.[167])

6. Endlich sei noch erwähnt, daß ein nach dem Krankenversicherungsgesetze gewährtes Krankengeld unter Umständen mit angerechnet werden kann, da für die nach § 617 anrechenbare Vergütung § 616 B.G.B.

---

[165]) Cosack Bd. 1 S. 526; Staudinger S. 423 Anm. IV, 4; a. A. Gerhard a. a. O. S. 117 Anm. 11 zu § 617 und Goldmann-Lilienthal S. 623 Anm. 24. Vgl. auch für die „Vergütung“ in § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869 den Beschluß des Landgerichts zu Ulm vom 23. März 1886 in Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß Bd. 12 S. 161 ff.

[166]) Cosack Bd. 1 S. 526; a. A. Staudinger S. 423 Anm. IV, 4, der hier „den Umfang der fortgeleisteten Dienste“ in Betracht gezogen wissen will.

[167]) So richtig Nußbaum a. a. O. S. 46 Anm. 2c.

eine Anrechnung des Betrages zuläßt, welcher dem Dienstverpflichteten für die Zeit der Verhinderung „aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt“.[168]) Bei einer freiwilligen Mitgliedschaft aber, z. B. von Dienstboten, die regelmäßig nicht zwangsversicherungspflichtig sind, ist eine Anrechnung des Krankengeldes ausgeschlossen; auch eine diesbezügliche Vereinbarung zwischen Dienstberechtigten und Dienstverpflichteten ist unwirksam, da nach § 56 K.V.G. eine Zession der Krankengeldforderung seitens des Dienstverpflichteten an den Dienstberechtigten unzulässig ist.[169])

c) Die Konstruktion der Anrechnungsbefugnis des Dienstberechtigten ist streitig.

1. Bedeutet in § 617 „Anrechnung“ nach Analogie des § 115 Gew.O. dasselbe wie „Aufrechnung“? Die Frage ist zu verneinen. Und zwar aus folgenden Gründen:

α) Die nach § 616 B.G.B. geschuldete Vergütung ist unpfändbar.

Zwar spricht § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869, der gemäß § 850 Ziff. 1 Z.P.O. für die Pfändung maßgebend ist, in seiner heute geltenden Fassung von einer „Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar usw.) für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden“, setzt also Leistung der Dienste voraus.[170]) Bei dieser wörtlichen Auslegung darf man aber nicht stehen bleiben. Denn erstreckt man auf die in Rede stehende, ausdrücklich den Dienstverpflichteten trotz Nichtausführung der entsprechenden Dienste zugebilligte Leistung nicht das Beschlagnahmeverbot, nimmt also die angeführte Bestimmung des § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes streng wörtlich und setzt die Leistung der Dienste nicht ihrer Nichtleistung gleich, so kommt man zu unbilligen, sinnlosen Ergebnissen. Da § 616 es für geboten erachtet hat, dem Dienstverpflichteten in gewissen Fällen die ihm zugesagte Vergütung zuzuwenden, obwohl er die entsprechenden Dienste nicht geleistet hat, dürfen auch die Mittel zur Durchführung dieses Gebotes nicht verweigert, darf die zugedachte Wohltat nicht durch Ermöglichung der Pfändung aufgehoben werden. Es ist daher an-

---

[168]) Ebenso § 133c Abs. 2 Gew.O., anders § 63 Abs. 2 H.G.B.

[169]) Vgl. dazu Arbeiterversorgung Bd. 17 S. 79.

[170]) Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 42.

zunehmen, daß die erwähnte gesetzliche Voraussetzung des Lohnbeschlagnahmegesetzes von dem gewöhnlichen Fall ausgeht. Der seltenere gleichwertige hat jedoch nicht ausgeschlossen werden sollen und das Gesetz es hier so angesehen, als hätte der Dienstverpflichtete die ihm obliegenden Dienste geleistet.[171])

Aus dieser Unpfändbarkeit ergibt sich, daß „anrechnen" hier nicht „aufrechnen" heißen kann. Denn, „soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt" (§ 394 B.G.B.).

β) Aber auch wenn man eine dem rigor legis dienende Auslegung des § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes anzunehmen vorzieht, muß man doch zu dem gleichen Ergebnisse kommen. Die in § 617 zugelassene „Anrechnung" kann — die Ungleichartigkeit der Forderungen (§ 387 B.G.B.) beiseite gelassen — schon darum nicht „Aufrechnung" sein, weil nur ein einziger Schuldner in Frage steht, § 387 B.G.B. aber voraussetzt, daß „zwei Personen einander Leistungen" schulden. Der Dienstverpflichtete schuldet nicht die Kosten der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung. Die Leistung, deren Kosten auf die Vergütung angerechnet werden dürfen, hat dieselbe Person zu bewirken, welche die Vergütung schuldet, ohne eine Gegenforderung auf Ersatz der ihm entstandenen Kosten zu haben.[172])

2. Ebensowenig kann man annehmen, daß der Dienstverpflichtete einen alternativen Anspruch mit Wahlrecht seinerseits hat: entweder auf Übernahme der betreffenden Behandlung für die fragliche Zeit oder auf Lohn dafür.[173]) Denn — ganz abgesehen davon, daß hier überhaupt nicht eine Obligation mit zwei Leistungen, die alternativ Schuldgegenstand sind, besteht, sondern zwei ganz verschiedene Obligationen mit je einer Leistung vorliegen und von einer nach § 263 Abs. 1 B.G.B. erforderlichen Erklärung „gegenüber dem anderen Teile" gar

---

[171]) Lotmar S. 404, 405, 148, 149; Sinzheimer a. a. O. S. 42.

[172]) So Lotmar a. a. O. S. 663; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 44. Ohne Begründung Oertmann S. 339 Anm. 4; Staudinger S. 423 Anm. 4 und Crome, System Bd. 2 S. 651 Anm. 32; Windscheid-Kipp S. 699. Nußbaum a. a. O. S. 50 spricht fälschlich von Aufrechnung, ebenso Meyer a. a. O. S. 37, 38, Dernburg S. 394, Hilse im Recht Bd. 6 S. 284 und Kretschmar, Das bürgerliche Recht Bd. 1 S. 188.

[173]) Oertmann S. 339 Anm. 4.

keine Rede ist — § 617 statuiert eine sozialpolitische Verpflichtung des Dienstberechtigten, die gemäß § 619 B.G.B. unabhängig ist von dem Willen des Dienstverpflichteten!

Eine weitere Widerlegung dieser Ansicht erübrigt sich, da ihre Unhaltbarkeit sich bereits aus diesem Grunde hinlänglich ergibt.

3. Ferner kann nicht als Konstruktion eine datio in solutum in Frage kommen. Einerseits wäre hierzu Einwilligung des Dienstverpflichteten erforderlich. Auch heute noch (§ 364 Abs. 1 B.G.B.) gilt der alte Satz: „aliud pro alio invito creditori solvi non potest" (l. 2 § 1 D. 12, 1). Andererseits handelt es sich auch nicht um Hingabe einer anderen als der geschuldeten Leistung an Erfüllungsstatt, durch welche das Schuldverhältnis in gleicher Weise wie durch die Bewirkung der geschuldeten Leistung erlischt. Denn es wird nach § 617 dem Dienstverpflichteten ein aliud pro alio, welches ebenfalls geschuldete Leistung ist, gegeben.[174])

4. In gleicher Weise erweist sich ein Einzwängen der Anrechnungsbefugnis in andere alte Formen, wie z. B. in die der novatio oder der compensatio lucri cum damno, als unmöglich. Neuer Wein muß oft in neue Schläuche gegossen werden. Man kann nur sagen, daß die durch § 617 geschaffene sozialpolitische Legalobligation die eigentümliche Wirkung hat, daß die aus ihr sich ergebende Verpflichtung in der Höhe ihrer Erfüllung die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung für die Zeit der Erkrankung auszulösen vermag, mithin die Anrechnungsbefugnis die Befugnis zur tatsächlichen Einbeziehung einer bereits bewirkten Leistung in eine andere Leistung ist.[175])

d) Den Ausführungen über die Anrechnung ist noch eine Bemerkung anzufügen.

Lotmar[176]) erklärt, daß, wie der Dienstverpflichtete nach § 617 Satz 1 kein Recht auf Krankenpflege habe, wenn seine Erkrankung von

---

[174]) Lotmar S. 663, 677 nimmt eine datio in solutum mit nicht notwendiger Einwilligung des Dienstverpflichteten an.

[175]) Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 43; ähnlich Windscheid-Kipp S. 699, wo zutreffend davon geredet wird, daß der Vergütigungsanspruch sich ipso jure um das Entsprechende mindert. Den gleichen Sinn hat „anrechnen" in den §§ 324, 615, 616, 619 B.G.B., § 63 G.G.B. und „einrechnen" in § 493 Str.P.O.

[176]) S. 663 Anm. 1.

ihm durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist, so auch dem Dienstberechtigten das Recht auf Anrechnung der Pflegekosten auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung versagt werden müsse, wenn er an der Erkrankung Schuld ist. Diese Analogie ist nach zwei Richtungen hin falsch. Einerseits haben Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Dienstverpflichteten nur mit der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten, nichts mit dessen Anrechnungsbefugnis zu tun. Zur Ausschließung der Vergütung für die Zeit der Erkrankung genügt schon jedes Verschulden des Dienstverpflichteten (§ 616 B.G.B.). Andererseits steht auch ein Verschulden des Dienstberechtigten in keiner Beziehung zu dessen Fürsorgepflicht oder zu dessen Anrechnungsbefugnis. Ist die Erkrankung des Dienstverpflichteten durch einen von dem Dienstberechtigten zu vertretenden Umstand herbeigeführt worden,[177]) so haftet er aus der dadurch begründeten Deliktsobligation für vollen Schadensersatz, dessen Art und Höhe sich nach den §§ 249 ff., 842, 843 ff. B.G.B. bestimmen, und nicht mehr aus der sozialpolitischen Legalobligation.

V.

Wegfall der Verpflichtung.

Eine Befreiung des Dienstberechtigten von der Verpflichtung zur Gewährung der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung kann durch Tod, durch sonstige nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Unmöglichkeit der Leistung, durch Zeitablauf, durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Dienstverpflichteten bei Herbeiführung der Erkrankung, durch das Vorhandensein einer für die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung Vorsorge treffenden Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege und durch Eingreifen der Landesgesetze erfolgen.

Tod.

a) Löst sich mit dem Tode des Dienstberechtigten das Dienstverhältnis, so erlischt der Fürsorgeanspruch, da die Verpflichtung des

[177]) Z. B. wenn er dem Dienstverpflichteten zu schwere Dienste zumutet und letzterer davon erkrankt, oder wenn aus einer fahrlässigen Versäumnis der ihm durch § 618 B.G.B. auferlegten Einrichtungen und Anordnungen dem Dienstverpflichteten ein körperlicher Schaden entstanden ist, siehe Nußbaum a. a. O. S. 49, 50.

Dienstberechtigten „nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus" besteht. Andernfalls richtet er sich gegen den nunmehrigen Dienstberechtigten, falls alle Voraussetzungen dazu vorhanden sind.

Hatte sich bereits beim Tode des Dienstberechtigten der Fürsorgeanspruch in einen Auslagenersatzanspruch verwandelt, so haftet der Erbe (§ 1967 B.G.B.).

b) In gleicher Weise erlischt — ähnlich wie in § 1713 B.G.B. — mit dem Tode des Dienstverpflichteten der Fürsorgeanspruch, falls er nicht aus der Vergangenheit stammt und Auslagenersatzanspruch ist.

c) Bemerkt sei noch, daß nicht etwa nach Analogie der §§ 1615, 1713 B.G.B. im Falle des Todes des Dienstverpflichteten der Dienstberechtigte die Kosten der Beerdigung zu tragen hat. Beerdigung ist nicht die letzte erforderliche Verpflegung oder ärztliche Behandlung. Das geht schon daraus hervor, daß im Krankenversicherungsgesetze neben der freien ärztlichen Behandlung und erforderlichen Verpflegung (§ 6 Ziff. 1 K.V.G.) ausdrücklich noch für den Todesfall des Versicherten ein Sterbegeld im zwanzigfachen Betrage des durchschnittlichen Tagelohnes gewährt wird, welches „zunächst zur Deckung der Kosten des Begräbnisses bestimmt und in dem aufgewendeten Betrage Demjenigen auszuzahlen ist, welcher das Begräbnis besorgt" (§ 20 K.V.G.).

Unmöglichkeit der Leistung.

„Impossibilium nulla est obligatio". Nach § 275 B.G.B. wird der Dienstberechtigte „von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistungen infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich".

Nähere Erörterungen darüber, wann eine objektive oder subjektive Unmöglichkeit wirklich vorliegt, sind hier nicht am Platze. Es muß genügen, wenn auf die wichtige Bestimmung des § 279 B.G.B. hingewiesen wird, nach welcher der Dienstberechtigte solange haftet, als überhaupt die Leistung durch Geldmittel zu erfüllen ist.

Zeitablauf.

Entweder sind die 6 Wochen vorüber, oder das Dienstverhältnis hat — außer durch Kündigung des Dienstberechtigten nach § 626 B.G.B.

— sein Ende erreicht. Dann ist der Dienstberechtigte befreit, da er die betreffende Unterstützung nur „bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus", zu gewähren hat (§ 362 B.G.B.). Bei weiteren freiwilligen Aufwendungen für den erkrankten Dienstverpflichteten ist jedoch eine Rückforderung mangels ausdrücklichen Vorbehaltes in der Regel ausgeschlossen. Nach § 814 B.G.B. kann das zum Zweck einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn „der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach". Die Eigenart des Einzelfalles hat hier zu entscheiden. Natürlich bleibt es dem Dienstberechtigten unbenommen, wegen seiner freiwilligen Fürsorge sich an etwaige unterstützungspflichtige Verwandte des Dienstverpflichteten oder an den unterstützungspflichtigen Armenverband nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 679, 683, 685 B.G.B.) zu halten.

Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Der Dienstberechtigte ist zu der in Rede stehenden Fürsorge nur verpflichtet, „sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist".

A. „Vorsatz" bedeutet in § 617 nichts Anderes wie sonst im B.G.B. oder im St.G.B., da nach den Motiven (Bd. 1 S. 82) der Begriff des Vorsatzes in diesen beiden Gesetzen der gleiche sein soll. Eine Eigentümlichkeit besteht hier einzig und allein darin, daß der Vorsatz — ganz ähnlich übrigens wie in § 826 B.G.B. auf die Zufügung des Schadens — auf die Herbeiführung der Erkrankung gerichtet sein muß.

Demzufolge ist nicht zu der schwierigen und bestrittenen Frage Stellung zu nehmen, was unter Vorsatz zu verstehen und welcher der diesbezüglichen Theorien beizutreten ist. Letzteres würde sich auch schon aus dem Grunde erübrigen, weil es in der Regel praktisch bei Anwendung des § 617 auf dasselbe herauskommt, ob man unter Vorsatz „die Voraussicht des durch die Willensbetätigung bewirkten oder nicht gehinderten rechtswidrigen Erfolges" oder ein „Wollen des Erfolges" versteht, d. h. also, ob man jedes Handeln im Bewußtsein der notwendigen oder auch nur möglichen Kausalität des Tuns zum Eintritt der Erkrankung oder allein den Willen, die Erkrankung herbeizuführen, als ausschlaggebend ansieht, wie das Rechtsprechung und Theorie

im Krankenversicherungsrechte für § 6a Abs. 1 Ziff. 2 und § 26a Abs. 2 Ziff. 2 K.V.G. allgemein verlangen. Denn stellt man sich auf den Standpunkt der letzteren Ansicht, so würde z. B. bei Zuziehung einer Verletzung infolge eines vorsätzlichen Sprunges aus dem Fenster nur das körperschädigende Ereignis, aber nicht die Erkrankung selbst vorsätzlich herbeigeführt sein, obwohl der Dienstverpflichtete vorausgesehen hat, daß er sich durch den Sprung eine Verletzung zuziehen würde. Vorsatz wäre hier nach dieser Ansicht nicht anzunehmen, wohl aber würde zweifellos „grobe Fahrlässigkeit“ vorliegen. Diese genügt im Gegensatze zum K.V.G. nach § 617 zur Ausschließung der Pflicht des Dienstberechtigten. Es wäre mithin im obigen Falle, sei es nun, daß man mit ersterer Ansicht Vorsatz, sei es nun, daß man mit letzterer keinen Vorsatz annimmt, immer der Dienstberechtigte befreit.

B. Auch der Begriff der „groben Fahrlässigkeit“ findet sich noch in anderen Stellen des B.G.B. (§§ 277, 300, 460, 521, 523, 524, 529, 539, 599, 680, 723, 851, 912, 932, 968), hat in § 617 keine abweichende Bedeutung und liegt hier wie überall bei einer besonders schweren Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vor.[178])

C. Es bedarf zu dem Begriffe des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit noch folgender kurzer Erörterungen:

a) Auf Motiv und Zweck der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Herbeiführung der Erkrankung kommt es nicht an. Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit ist z. B. auch dann anzunehmen, wenn jemand in selbstmörderischer Absicht Hand an sich legt und sich dadurch eine Erkrankung zuzieht, oder wenn der Dienstverpflichtete wegen einer körperlichen Mißbildung, eines Schönheitsfehlers oder eines die Erwerbstätigkeit beschränkenden, aber nicht als Erkrankung zu betrachtenden sonstigen Fehlers sich einer Operation oder irgend einer Behandlung unterzogen und dadurch eine nunmehr der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung bedürftige Verletzung herbeigeführt hat.[179])

b) Ferner wird es unter Umständen als Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit gelten müssen, wenn der Dienstverpflichtete wußte, daß er

---

[178]) Motive Bd. 1 S. 280 und Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 87 S. 448ff.

[179]) Hahn S. 61, Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 20. Februar 1893 in Arbeiterversorgung Bd. 10 S. 536.

krank war, es aber verschwiegen und dadurch längere Dauer, höheres Stadium, größere Kosten der gegenwärtigen Erkrankung veranlaßt hat.

c) Weiter kann in Frage kommen, inwieweit die Weigerung des Dienstverpflichteten, eine nach ärztlichem Gutachten erforderliche Operation an sich vornehmen zu lassen, oder überhaupt der Widerstand des Erkrankten gegen ärztliche Maßnahmen in Betracht zu ziehen sind.

Eine gesetzlich oder vertragsmäßig oder gewohnheitsmäßig begründete und erzwingbare Pflicht, an seinem Körper eine medizinische Operation vornehmen zu lassen, gibt es nicht. Mit Recht hat man auf dem Gebiete des Reichsversicherungsrechts zwar daran festgehalten, daß innerhalb gewisser Grenzen von dem Erkrankten verlangt werden kann, an seinem Teile zu möglichst erfolgreicher Durchführung des Heilverfahrens mitzuwirken und sich insbesondere nicht offenbar ungefährlichen Maßregeln zu widersetzen. Andererseits hat man aber auch den Grundsatz aufgestellt, daß eine Pflicht, Operationen an sich vornehmen zu lassen, nicht besteht. Demgemäß ist es für unzulässig zu erklären, die Versagung der Fürsorge seitens des Dienstberechtigten darauf zu stützen, daß der Dienstverpflichtete eine in die Unversehrtheit seines Körpers eingreifende oder mit irgend einer Gefahr verbundene Operation abgelehnt hat. Nur dann sind die Ansprüche des Dienstverpflichteten ausgeschlossen, wenn er ohne Berechtigung im obigen Sinne — wider Treu und Glauben — sich ärztlichen Maßnahmen — und auch der Einweisung in ein Krankenhaus, wovon schon früher die Rede war, — widersetzt und dadurch erweislich seine Erkrankung verzögert oder verschlimmert. Man wird hier analog die diesbezügliche Bestimmung der neuen Seemannsordnung anwenden können, wo gemäß § 59 Abs. 5 der Schiffsmann, „welcher sich der Heilbehandlung ohne berechtigten Grund entzieht und hierdurch nach ärztlichem Gutachten die Heilung vereitelt oder wesentlich erschwert hat", seinen Fürsorgeanspruch verliert.[180])

d) Endlich sei hervorgehoben, daß Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit häufig bei Erkrankung infolge außerehelichen Geschlechtsverkehrs, Trunkfälligkeit, Beteiligung an Schlägereien, Raufhändeln usw. an-

[180]) Dazu Fuld in Arbeiterversorgung Bd. 11 S. 181; Hahn S. 62; Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation S. 51 ff. und Lehrbuch Bd. 1 S. 751 Anm. 14; Rosin S. 313 und Oertmann S. 18 Anm. 3.

zunehmen sein werden, falls diese die Ursache der Erkrankung gebildet haben. Aber nicht stets.[181]) § 617 verlangt Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, im Gegensatze zu § 616 B.G.B. und § 63 H.G.B., wo der Anspruch bei jedem Verschulden wegfällt. Es ist beispielsweise möglich, daß ein anständiges, unbescholtenes Dienstmädchen sich nach langem Sträuben von seinem Verlobten zum außerehelichen Geschlechtsverkehr verleiten läßt und hierbei sich eine Geschlechtskrankheit zuzieht. Fahrlässigkeit ist das jedenfalls, nicht aber grobe Fahrlässigkeit, vor allem, wenn man bedenkt, daß in diesen Kreisen der Bevölkerung der geschlechtliche Verkehr unter den Verlobten durchaus nicht als grober Verstoß gegen die Sittlichkeit angesehen wird.[182])

e) Zu bemerken ist noch, daß eine krankheitherbeiführende Handlung des Dienstverpflichteten, welche „im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit" (§ 827 Satz 1 B.G.B.) begangen ist, den Dienstberechtigten nicht befreit, selbst nicht einmal bei actio libera in causa, da hier gemäß § 827 Satz 2 B.G.B. dem Dienstverpflichteten nur Fahrlässigkeit, nicht grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

D. Zum Schluß ein kurzes Wort über die Beweislast oder, besser gesagt, über die Behauptungslast. Aus den Worten „sofern nicht" kann noch nicht allein, wie vielfach angenommen wird, abgeleitet werden, daß die Partei, welche die Ausnahme behauptet, sie zu beweisen habe. Nicht lediglich aus dieser Wendung, sondern aus den allgemeinen Regeln der Beweislast muß das gefolgert werden. Diesbezüglich ist daher hier hervorzuheben, daß die Partei, welche Rechte geltend macht, nur die spezifisch rechtserzeugenden, die anspruchsbegründenden Tatsachen zu

---

[181]) So unzutreffend z. B. Planck Anm. 4c; Kuhlenbeck Anm. 5 zu § 617. Im K.V.G. müssen in solchen Fällen die Krankenkassen ärztliche Behandlung und Arznei gewähren und dürfen nur die Gewährung von Krankengeld durch Statut ausschließen (§ 6a, § 26a K.V.G.). Die Befugnis, das Krankengeld bei Krankheiten, welche sich Versicherte durch geschlechtliche Ausschweifungen zugezogen haben, zu verweigern, ist durch die Novelle vom 25. Mai 1903 in Fortfall gebracht worden.

[182]) Zutreffend Goldmann-Lilienthal S. 623 Anm. 23. Ähnlich ist die Sachlage bei einer im Duell erlittenen Verletzung. Auch hier braucht nicht immer bei unserer heutigen Auffassung vom Zweikampf eine durch ihn verursachte Erkrankung als grobfahrlässig herbeigeführt angesehen zu werden, a. A. freilich Höniger im Recht Bd. 5 S. 392.

beweisen hat und für die subjektiven Tatbestandsmomente des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit der alte Satz „quisquis praesumitur bonus“ gilt. Kläger braucht nur darzutun, daß das von ihm geltend gemachte Recht entstanden ist. Behauptet Beklagter eine Veränderung, so hat er sie zu beweisen.

Daraus folgt für § 617, daß der Dienstverpflichtete das dauernde Dienstverhältnis, die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und die Erkrankung, der Dienstberechtigte dagegen das Vorhandensein von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bei Herbeiführung der Erkrankung sowie die sonstigen Beseitigungsgründe seiner Verpflichtung zu beweisen hat.[183])

Versicherung und Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege.

„Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist.“

A. Bevor auf die Begriffe der „Versicherung“ und „Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege“ einzugehen ist, sei festgestellt, daß von Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege überhaupt nur die Rede sein kann, falls durch sie für die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung „Vorsorge getroffen ist“.

Von getroffener Vorsorge wird man nur dann reden können, wenn einer Überweisung des Dienstverpflichteten an die öffentliche Armenpflege in wirksamer Weise vorgebeugt ist und die Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege das leistet, was sonst der Dienstberechtigte zu leisten verpflichtet wäre.[184]) Keine getroffene Vorsorge liegt also vor, wenn die Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege entweder leistungsunfähig oder zwar leistungsfähig ist, aber nicht leistet, oder wenn sie weniger als die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung gewährt. Nur eine solche Auffassung dürfte dem sozialpolitischen Geist und Zweck des § 617 entsprechen.

Von den Folgerungen, die diese Ansicht nach sich zieht, seien wenigstens einige genannt.

---

[183]) Vgl. dazu Wach in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29 S. 388; Oertmann S. 339 Anm. 5; Crome, System Bd. 2 S. 651 Anm. 33; Planck Anm. 4e zu § 617.

[184]) Ähnlich Arbeiterversorgung Bd. 17 S. 79 unter Nr. 2.

a) Während eines etwaigen Streites, ob die Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege zu leisten habe oder leistungsfähig sei, darf der Dienstberechtigte den erkrankten Dienstverpflichteten nicht auf die Straße setzen, sondern hat ihm vorläufig die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren, wofür er natürlich unter Umständen dann später Regreßansprüche hat.

b) Ebenso geht es nicht, daß der Dienstberechtigte sich seiner schwer lastenden Verpflichtung aus § 617 in der einfachen Weise entledigt, daß er sich für billiges Geld gegen Erkrankungen des Dienstverpflichteten bei irgend jemand versichert, der seiner durch die Versicherung übernommenen Verpflichtung nicht nachkommen kann.[185])

c) Wird durch die Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege weniger, etwa nur die ärztliche Behandlung, gewährt, so bleibt die Verpflichtung des Dienstberechtigten zur Gewährung der erforderlichen Verpflegung bestehen. Der Dienstberechtigte ist nicht befugt, den Dienstverpflichteten an die Armenverwaltung zu verweisen.[186])

d) Falsch ist die Ansicht, daß bei einer Gewährung der in § 6 Ziff. 1 K.V.G. aufgeführten Leistungen seitens der Krankenkasse die Verpflichtung des Dienstberechtigten zur „Verpflegung", d. h. zur Gewährung von Unterkunft, Beköstigung, Wartung usw. trotz der Versicherung bestehen bleibt.[187]) Denn diese „Verpflegung" ist, wie schon oben ausgeführt wurde,[188]) gar nicht auf Grund der sozialpolitischen Legalobligation nach § 617 vom Dienstberechtigten zu leisten. Sie ist Vergütung, hängt deshalb von dem vereinbarten Dienstvertrag ab und hat mit der Befreiung des Dienstberechtigten infolge Eintritts einer Versicherung gar nichts zu tun.

B. § 617 braucht das Wort „Versicherung" ohne jeden Zusatz. Mittelst grammatischer Interpretation, die sich an den erkennbaren Wortlaut hält, kommt man daher zu dem Ergebnisse, daß kein Unterschied zwischen einer privaten und öffentlichen, zwischen einer gesetz-

---

[185]) Damit ist der Einwand hinfällig, den man gegen die Zulässigkeit einer privaten Versicherung erhoben hat, es seien teilweise mit dieser recht schlimme Erfahrungen gemacht, Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 351.

[186]) Ähnlich Arbeiterversorgung Bd. 17 S. 79 unter Nr. 2.

[187]) Arbeiterversorgung Bd. 17 S. 79.

[188]) Siehe Anm. 139.

lichen und freiwilligen, zwischen einer vom Dienstberechtigten und vom Dienstverpflichteten eingegangenen Versicherung gemacht wird.

Ein Antrag im Reichstage, statt „eine Versicherung" zu setzen „eine auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehende Versicherung" war abgelehnt worden.[189])

Die Gründe, welche für eine engere Auslegung des Wortes „Versicherung" angeführt werden können und auch angeführt worden sind, dürfen nicht als stichhaltig bezeichnet werden. Lege non distinguente nec nostrum est distinguere. Es ist vor allem unrichtig, wenn man annimmt, daß der dem Dienstverpflichteten aus eigener freiwilliger Versicherung zufließende Vorteil für sein Verhältnis zum Dienstberechtigten außer Betracht bleiben müsse und die vom Dienstberechtigten freiwillig gezahlten Beiträge als höhere Lohnzahlung oder Geschenk anzusehen seien, die eine Veränderung seiner Pflichten nicht herbeiführen dürften. Denn dann käme man zu dem sicher nicht gewollten Ergebnisse, daß der Dienstverpflichtete besser gestellt wäre, wenn er krank, als wenn er gesund ist. Solch einen Vorteil dem Dienstverpflichteten zu gewähren, kann nicht dem Willen einer sozialpolitischen Bestimmung entsprechen. Der Gesetzgeber hat zweifellos die Verpflichtung des Dienstberechtigten auf die Fälle beschränken wollen, wo der Dienstverpflichtete der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung bedarf. Der Dienstverpflichtete bedarf ihrer aber nicht, wenn durch eine Versicherung irgend einer Art für ihn gesorgt ist.[190])

Der Begriff der „Versicherung" ist also hier ein ganz besonderer. Es ergibt sich für ihn folgende Definition: eine Versicherung im Sinne des § 617 liegt dann vor, wenn der Übernehmer für die von ihm dem Dienstverpflichteten im Falle der Erkrankung zu gewährende Fürsorge etwas als Gegenleistung erhält.

---

[189]) Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 351.

[190]) A. A. Hilse im Recht Bd. 6 S. 204, der eine Selbstversicherung des Dienstverpflichteten als den Dienstberechtigten nicht befreiend ansieht; richtig Laß a. a. O. S. 18, der es als „unzweifelhaft" hinstellt, „daß die Versicherung, welche § 617 Abs. 2 im Auge hat, sowohl eine private wie eine öffentliche (gesetzliche), sei es mit, sei es ohne Beteiligung des Arbeitgebers an Beiträgen, sein kann"; Achilles-Greif, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., Anm. 2 zu § 617; Staudinger S. 423 Anm. IV, 5; Windscheid-Kipp S. 699.

Nur bei einer derartigen Auffassung gelangt man zu praktisch brauchbaren Ergebnissen. Nur die obige Begriffsbestimmung dürfte dem Willen des Gesetzgebers in jeder Weise entsprechen. Aus ihr folgt positiv, daß nicht bloß eine Versicherung auf Grund eines Versicherungsvertrages, sondern auch eine Versicherung auf Grund der Arbeiterversicherungsgesetze, welche nicht als juristisch-technische Versicherung zu betrachten ist,[191]) den Dienstberechtigten von seiner Verpflichtung befreien kann, falls die übernommene Unterstützung keine entgeltlose ist, und negativ, daß alle dem Dienstverpflichteten etwa zustehenden Unterhaltsansprüche, die sich nicht an irgend eine Gegenleistung knüpfen, für § 617 auszuscheiden haben, auch wenn sie wirtschaftlich als Versicherung aufgefaßt werden können.[192])

Im einzelnen ist zu der Versicherung noch folgendes zu bemerken:

a) Auf die vertragliche Versicherung finden die diesbezüglichen Vorschriften Anwendung. Von ihnen ist hier nicht zu reden.

b) Darauf, wann die Arbeiterversicherungsgesetze für § 617 in Betracht kommen, ist näher einzugehen.

I. Das Reichsgesetz vom 13. Juni 1883, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, abgeändert durch Gesetz vom 10. April 1892, findet, wenn man die einzelnen Bestimmungen zusammenfaßt und einen allerdings von mannigfaltigen Ausnahmen durchlöcherten Grundsatz aufstellt, für alle im Gewerbe- oder Handelsbetriebe gegen Lohn oder Gehalt beschäftigten Personen, sofern ihr Arbeitsverdienst aus dem Lohn oder Gehalt $6^2/_3$ Mark für den Arbeitstag oder 2000 Mark für das Jahr nicht übersteigt, Anwendung (§§ 1, 2a K.V.G.).[193])

Danach kommt § 617 — abgesehen von der dem Dienstverhältnisse zu Grunde liegenden Beschäftigung — stets dann zur Anwendung, wenn der Arbeitsverdienst des Dienstverpflichteten mehr als $6^2/_3$ Mark für den Arbeitstag oder 2000 Mark für das Jahr beträgt.

Die weiteren Fälle, in denen § 617 durch das K.V.G. nicht aufgehoben wird, in geschlossener Vollständigkeit aufzuzählen, würde zu

---

[191]) Vgl. dazu Rosin S. 255ff. und Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechtes S. 877ff.

[192]) Zu letzterer Behauptung Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden Bd. 23 S. 282 Anm. * und Hoffmann, Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft Anm. 6 zu § 27 L.U.V.G.

[193]) So auch Conrad, Volkswirtschaftspolitik S. 279.

weit führen. Es wäre dazu das ganze K.V.G. durchzugehen und hierbei noch manche auftauchende Streitfrage zu lösen. Das würde Aufgabe einer selbständigen Sonderarbeit sein und aus dem Rahmen dieser Abhandlung fallen. Es seien daher nur zwei der wichtigsten Punkte — und auch diese mehr andeutungsweise als erschöpfend — hervorgehoben.

1. Die Dienstboten — worunter hier Personen verstanden sind, welche in häuslicher Gemeinschaft mit der Herrschaft leben und, sei es im landwirtschaftlichen Betriebe (als Gesinde, Knechte, Mägde), sei es mit gewöhnlichen häuslichen Diensten, im Gegensatze zum Beruf oder Gewerbe des Dienstberechtigten beschäftigt werden, — unterliegen dem Krankenversicherungszwange nicht. Die Krankenversicherungspflicht kann nicht einmal durch eine statutarische Bestimmung der Gemeinde auf sie erstreckt werden.[194])

Diese einfache Gestaltung wird jedoch von zweierlei durchbrochen. Zunächst durch den Umstand, daß das K.V.G. in der Praxis auf alle Dienstboten ausgedehnt worden ist, welche nebenbei über die Hauswirtschaft hinaus in einem versicherungspflichtigen Betriebe länger und in nicht ganz unerheblicher Weise, z. B. in einer Schank- oder Gastwirtschaft mit dem Reinigen der Gerätschaften und Geschirre oder der Zubereitung der Speisen für die Gäste, tätig sind, und für diese stillschweigend oder ausdrücklich mitausbedungene Beschäftigung einen darauf sich beziehenden Lohn erhalten, d. h. wenn sie dafür einen besonderen Lohn bekommen oder den Umständen nach anzunehmen ist, daß bei der Festsetzung der Höhe des Lohnes jene Nebenbeschäftigung berücksichtigt worden ist. Dann sind die betreffenden Personen nicht bloß Dienstboten, sondern zugleich Gewerbegehülfen, also nach § 1 K.V.G. versicherungspflichtig.[195]) Außerdem sind aber die Dienstboten noch nach § 4 Abs. 2 K.V.G. beitrittsberechtigt, d. h. „berechtigt, der Gemeindekrankenversicherung der Gemeinde, in deren Bezirk sie beschäftigt sind, beizutreten“. Tun sie dies, so wird der Dienstberechtigte von seiner Verpflichtung frei, und die Krankenversicherung kann nicht nach § 57 K.V.G. Ersatzansprüche gegen den Dienstberechtigten geltend machen.

Die Leistungen zur Kasse haben die Dienstboten selbstverständlich allein zu tragen, da ja für die nicht versicherungspflichtigen Personen

---

[194]) Hahn S. 41; Rosin S. 167.

[195]) Nähere Ausführungen bei Hahn S. 41, 42; Nußbaum S. 52; Gerhard S. 119, 120; Lindenberg S. 81, 82.

keine Verbindlichkeit des Dienstberechtigten, zu den Beiträgen zuzuschießen, besteht.

2. Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge, welche bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen die Ansprüche aus § 617 haben, sind der Regel nach nicht versicherungspflichtig.[196]) Nur ausnahmsweise sind sie bei einer Krankenkasse oder der Gemeinde-Krankenversicherung gegen Krankheit versichert, wenn nämlich durch Vertrag die ihnen nach § 63 Abs. 1 H.G.B. — für die Handlungslehrlinge nach § 76 H.G.B. — zustehenden Rechte aufgehoben oder beschränkt sind (§ 1 Abs. 4 K.V.G.), oder wenn eine statutarische Bestimmung der Gemeinde die Versicherungspflicht auf sie ausgedehnt hat (§ 2 Ziff. 5 K.V.G.). Die Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge sind also nur bedingt und fakultativ versicherungspflichtig. Die Geltung der §§ 63 Abs. 1 und 76 H.G.B. sowie ein nicht statutarischer Versicherungszwang sind die gesetzliche Regel. Liegt aber einer der beiden Ausnahmefälle vor, so wird ipso jure das Versicherungsverhältnis perfekt und der Dienstberechtigte von seiner Verbindlichkeit aus § 617 befreit.[197])

II. Von den Unfallversicherungsgesetzen können für § 617 das Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900 (§ 12), das Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft vom 30. Juni 1900 (§ 27) und das Bau-Unfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900 (§ 10) in Betracht kommen. Während nämlich regelmäßig nach den Unfallversicherungsgesetzen die betreffenden Leistungen erst nach Ablauf von dreizehn Wochen seit dem Unfall gewährt werden, also die sechs Fürsorgewochen des Dienstberechtigten in keiner Weise berühren, gilt ausnahmsweise kraft besonderer Bestimmungen für die drei genannten Unfallversicherungsgesetze etwas Anderes.

Das Verhältnis des § 12 G.U.V.G., des § 27 L.U.V.G. und des § 10 B.U.V.G. zu § 617 ist im Folgenden flüchtig zu beleuchten.

1. § 12 G.U.V.G. bestimmt, daß für die nach §§ 1, 2 G.U.V.G. versicherten Arbeiter und Betriebsbeamten, letzteren bei einem Jahres-

---

[196]) Nach Gesetz, betreffend weitere Abänderungen des Krankenversicherungsgesetzes vom 25. Mai 1903 (Reichs-Gesetzblatt 1903 Nr. 28 S. 235), das am 1. Januar 1904 in Kraft treten wird, ist gemäß Art. 1 die Krankenversicherungspflicht auf sie ausgedehnt.

[197]) Näheres bei Hahn in Arbeiterversorgung Bd. 14 S. 97 ff. und a. a. O. S. 27.

verdienste bis zu zweitausend Mark, welche nicht nach den Bestimmungen des Krankenversicherungsgesetzes versichert sind, „der Betriebsunternehmer die in den §§ 6, 7 des Krankenversicherungsgesetzes vorgesehenen Unterstützungen einschließlich des aus dem vorhergehenden Absatze sich ergebenden Mehrbetrages für die ersten dreizehn Wochen aus eigenen Mitteln zu gewähren" hat.

Die in § 12 G.U.V.G. ausgesprochene Verpflichtung des Betriebsunternehmers ist nicht eine Verpflichtung aus einer „Versicherung", wie dies § 617 nach unserer Begriffsbestimmung voraussetzt. Sie ist entgeltlos und verfolgt nur den Zweck, eine Lücke der öffentlichen Fürsorge auszufüllen für Personen, für welche während der ersten dreizehn Wochen nach dem Unfall durch eine Versicherung nicht gesorgt ist. § 12 G.U.V.G. hat es mit denen zu tun, welche während der ersten dreizehn Wochen einen Versicherungsanspruch nicht haben. Der Umstand allein, daß die Verpflichtung des Unternehmers zur Gewährung der Fürsorge in einem Reichsversicherungsgesetz ausgesprochen ist, kann für § 617 nicht entscheidend sein.[198])

2. § 27 L.U.V.G. bestimmt: „Während der ersten dreizehn Wochen nach dem Unfall eines Arbeiters hat die Gemeinde, in deren Bezirk der Verletzte beschäftigt war, demselben die Kosten des Heilverfahrens in dem in § 6 Abs. 1 Ziff. 1 des Krankenversicherungsgesetzes bezeichneten Umfange zu gewähren. Diese Verpflichtung besteht nicht, insoweit die Verletzten auf Grund gesetzlicher Bestimmungen Anspruch auf eine gleiche Fürsorge haben" usw.

Auch die in § 27 L.U.V.G. geregelte Verpflichtung der Gemeinde kann aus demselben Grunde nicht als eine „Versicherung" im Sinne des § 617 Abs. 2 angesehen werden. Hier spricht aber außerdem noch für unsere Auffassung in ausschlaggebender Weise die Absicht des Gesetzgebers, welcher bei Fassung des § 27 L.U.V.G. und bei Abänderung des Wortes „landesgesetzliche" in „gesetzliche" Bestimmungen ausdrücklich auch die Vorschrift des § 617 treffen wollte.[199])

---

[198]) Vgl. dazu noch die Bemerkung bei Rosin S. 446 und Laß a. a. O. S. 18 unter Nr. 5 b.

[199]) Vgl. dazu meine Ausführungen im Preuß. Verwaltungs-Blatt 25. Jahrg. S. 134; v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze Bd. 6 S. 422 Anm. 6 zu § 27 L.U.V.G. sowie der dort angezogene Bericht der Reichstagskommission vom 28. April 1900, Drucksachen des Reichstags, 10. Legislaturperiode I. Session

3. § 10 Abs. 2 B.U.V.G. bestimmt: „Bei solchen Unfällen hat die Gemeinde, in deren Bezirk der verletzte Arbeiter beschäftigt war, demselben während der ersten dreizehn Wochen nach dem Unfalle die im § 6 Abs. 1 Ziff. 1 des Krankenversicherungsgesetzes bezeichneten Leistungen zu gewähren, sofern nicht der verletzte Arbeiter sich im Ausland aufhält oder auf Grund der Krankenversicherung oder anderer Rechtsverhältnisse Anspruch auf eine mindestens gleiche Fürsorge hat."

Auch die Verpflichtung der Gemeinde nach § 10 B.U.V.G. ist keine „Versicherung" im Sinne des § 617. Es gelten hier die gleichen Gründe wie für § 27 L.U.V.G. und § 12 G.U.V.G.[200])

III. Durch das Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1899 wird die Verpflichtung des Dienstberechtigten zur Fürsorge für den Dienstverpflichteten in keiner Weise beeinflußt, da durch dieses Gesetz gar nicht für die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung des Dienstverpflichteten „Vorsorge getroffen", sondern nur bei Vorliegen der in §§ 28 ff. aufgezählten Erfordernisse im Falle dauernder Erwerbsunfähigkeit eine Invalidenrente (§ 15 Abs. 1 J.V.G.) oder bei zurückgelegtem siebzigsten Lebensjahr ohne Rücksicht auf das Vorhandensein einer Erwerbsunfähigkeit eine Altersrente (§ 15 Abs. 3 J.V.G.) oder im Falle nicht dauernder, aber 26 Wochen ununterbrochen vorhanden gewesener Erwerbsunfähigkeit eine Invalidenrente für die weitere Dauer der Erwerbsunfähigkeit (§ 16 J.V.G.), also immer etwas völlig Anderes als in § 617 gewährt wird, eine Erkrankung weder Voraus-

---

1898/1900 Nr. 703 b S. 37, wo es zum § 10 des Gesetzes vom 5. Mai 1886 heißt: „Im Abs. 1 wurde in der 7. Zeile vor dem Worte „landesgesetzlicher" der Teil „landes" gestrichen, da auch reichsgesetzliche Bestimmungen, z. B. § 617 des B.G.B., in Betracht kommen können"; Laß a. a. O. S. 18; Hoffmann ebenda S. 219; Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 316, wo es heißt: „Was die Gemeinden nach dem Unfallversicherungsgesetze vorschußweise zu leisten haben, fällt selbstverständlich nicht unter die Versicherung oder die öffentliche Krankenpflege im Sinne des § 617", sowie Urteil vom 27. November 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 324; Piloty, Die Unfallversicherungsgesetze Bd. 2, 2. Aufl., S. 357; Hoffmann, Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft Anm. 5 zu § 27 L.U.V.G.

[200]) Mit Recht bemerkt bereits Piloty a. a. O. S. 474, daß unter „anderen Rechtsverhältnissen" in § 10 Abs. 2 L.U.V.G. auch privatrechtliche zu verstehen sind.

setzung noch Grund eines Anspruchs auf erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bildet, und § 49 J.V.G. ausdrücklich alle sonstigen gesetzlichen Verpflichtungen zur Fürsorge für „kranke" Personen als durch dieses Gesetz nicht berührt erklärt.[201])

C. Der Begriff der „Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege" bedarf nur weniger Worte zur Erläuterung.

Das Gesetz spricht von öffentlicher Krankenpflege. Das Eintreten der öffentlichen Organe im Wege der Armenpflege kann also nicht hierunter bezogen werden, denn die in dieser Beziehung geschaffenen Einrichtungen sind zum Schutze des Publikums gegen Arme da und haben nicht den Charakter einer sozialpolitischen Berechtigung, sondern den des Almosenempfanges mit einer Reihe entwürdigender Rechtsfolgen (zeitweiser Verlust politischer Ehrenrechte, der Wahlrechte in staatlichen, kommunalen und kirchlichen Angelegenheiten). Für § 617 Abs. 2 handelt es sich aber um im Wege einer allgemeinen öffentlichen Krankenfürsorge getroffene sozialpolitische Vorkehrungen.[202])

Reichsrechtlich bestehen solche „Einrichtungen" der öffentlichen Krankenpflege nicht. Ihr Vorliegen ergibt sich also nur aus Landesgesetzen. Auf die verschiedenen derartigen Einrichtungen in den einzelnen Bundesstaaten — so in Bayern nach dem Gesetz über die öffentliche Armen- und Krankenpflege vom 29. April 1869[203]) — hier näher einzugehen, liegt außerhalb des Rahmens dieser Aufgabe.

Eingreifen der Landesgesetze.

Nach Art. 95 E.G.B.G.B. sollen die Vorschriften des § 617 „nur insoweit, als die Landesgesetze dem Gesinde nicht weitergehende Ansprüche gewähren", Anwendung finden.

Die diesbezüglichen Bestimmungen der zahlreichen Gesindeordnungen können hier natürlich nicht zur Vergleichung herangezogen werden. Das würde viel zu weit führen. Nur dreierlei ist zu bemerken:

---

[201]) A. A. Gerhard S. 122 Anm. 15ff. zu § 617 und Nußbaum S. 54, die eine Beseitigung der Verpflichtung des Dienstberechtigten durch das J.V.G. annehmen.

[202]) Gerhard a. a. O. S. 118 unter Anm. 12.

[203]) v. Müller a. a. O. S. 250.

1. Es ist nicht zutreffend, wenn Laß[204]) erklärt, die Gesindeordnungen, welche keine Ausnahmen von der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten in dem Falle kennen, wo für die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung Vorsorge getroffen ist, seien „weitergehend".

2. Es ist nicht zutreffend, wenn Riedner[205]) erklärt, § 617 solle dann nicht Anwendung finden, „wenn die Landesgesetze dem Gesinde weitergehende Ansprüche gewähren". Die Formulierung Riedners ist falsch. Sie läßt den Schluß zu, daß im konkreten Fall entweder nur § 617 oder nur die betreffende Gesindeordnung anwendbar seien. Das ist aber nicht im Gesetze begründet. Art. 95 E.G.B.G.B. sagt vielmehr ausdrücklich „insoweit, als". Und das mit weisem Bedacht. Schlösse § 617 die Gesindeordnung im konkreten Falle auf der ganzen Linie aus, so würden sich stets große Schwierigkeiten bei der Frage ergeben, welche der beiden fraglichen Bestimmungen dann die „weitergehenden" Ansprüche gewähre, falls nach einigen Beziehungen diese, nach anderen wieder jene weitergeht, ohne daß man sagen könnte, die eine oder die andere gebe schlechthin ein Mehr.

3. Dem Wortlaute wie dem sozialpolitischen Zwecke des Gesetzes nach wird man Art. 95 E.G.B.G.B. dahin auszulegen haben, daß § 617 B.G.B. und die jeweils in Betracht kommenden landesgesetzlichen Bestimmungen sich nicht unbedingt gegenseitig ausschließen, sondern daß sie nebeneinander anwendbar sind. Das Gesinde soll zum mindesten den Schutz genießen, den ihm das Landesrecht bisher gewährte. Verschafft ihm § 617 noch etwas an Fürsorge dazu, so muß ihm auch dieses plus zu teil werden.[206])

VI.

Zwingender Charakter der Verpflichtung.

Im engsten Zusammenhange zu dem soeben erläuterten Inhalte der Verpflichtung des Dienstberechtigten steht § 619 B.G.B., welcher ganz ähnlich wie die analogen Vorschriften für die Reichsversicherungsgesetze (§ 80 K.V.G., § 144 G.U.V.G., § 152 L.U.V.G., § 45 B.U.V.G.,

[204]) A. a. O. S. 18 unter d.

[205]) Das Einführungsgesetz S. 172.

[206]) So Cohn im Recht Bd. 6 S. 392.

§ 139 S.U.B.G., § 180 J.B.G.) die Bestimmung trifft, daß die dem Dienstberechtigten nach § 617 obliegende Verpflichtung „nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden“ kann, ihr also einen zwingenden Charakter beilegt. Und das mit Recht. Der durch die sozialpolitische Legalobligation des § 617 angestrebte Schutz des Dienstverpflichteten war in wirksamer Weise nur dadurch zu erreichen, daß man einer die Haftung des Dienstberechtigten ausschließenden oder beschränkenden Verabredung die Gültigkeit versagte und hier von dem das Recht der Schuldverhältnisse grundsätzlich beherrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit[207]) eine Ausnahme machte. Ohne die Vorschrift des § 619 könnte die Fürsorgepflicht des § 617 nur in sehr engen Grenzen zur Wirksamkeit gelangen, da sonst der Dienstberechtigte sie häufig durch vertragsmäßige Bestimmung ausschließen oder beschränken würde. Allerdings hätte auch ohne § 619 B.G.B. die Annahme nahe gelegen, daß die Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes, die ohne jeden Zusammenhang mit dem Parteiwillen eintreten, auch der Einwirkung der Parteien grundsätzlich entrückt sein müssen. Man wäre vielleicht auch ohne § 619 zu der Überzeugung gelangt, daß das Gesetz dort, wo es sozialpolitische Zwecke verfolgt, es nicht der Willkür der Parteien anheimstellen darf, wie weit sie diesen Zwecken Rechnung zu tragen gedenken. Der angestrebte Schutz des Schwachen vor Übervorteilung und Ausbeutung durch den Starken wäre ja kläglich und einfach kümmerlich, wenn es dem Starken freistehen sollte, den Schwachen zu ganzem oder teilweisem Verzicht auf sein Recht zu zwingen! Immerhin hätte man es aber — der lebhafte Streit um den zwingenden oder nichtzwingenden Charakter des § 616 B.G.B. zeigt das zur Genüge — für gewagt halten können, von so allgemeinen Erwägungen die Entscheidung über die zwingende Natur des § 617 abhängig zu machen. § 619 B.G.B. hat also sein Gutes.[208])

Zu § 619 sind noch einige Einzelheiten festzustellen.

a) Die Unzulässigkeit eines ganzen oder teilweisen Erlasses „im voraus“ bezieht sich nicht nur auf die Zeit vor dem Beginne des Dienstverhältnisses, sondern auch auf einen späteren Erlaß während

[207]) Motive Bd. 2 S. 2. Eine Zusammenstellung der zwingenden Rechtssätze im B.G.B. gibt Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch S. 89ff.

[208]) Vgl. dazu Ehrlich a. a. O. S. 83ff. und Dernburg Bd. 1 S. 54.

desselben, da die in Rede stehende Verpflichtung bis dahin in jedem Augenblicke wieder von neuem eintreten kann.

b) Nicht beizutreten ist der in der zweiten Kommission von den Vertretern der verbündeten Regierungen im Einklange mit den Mitgliedern der Kommission festgestellten Erklärung, „im voraus“ hieße: „solange bis das Dienstverhältnis völlig abgelaufen sei“.[209]) Diese Ansicht geht viel zu weit. Es liegt kein Grund vor, warum der Dienstverpflichtete nicht während des Dienstverhältnisses auf einen in der Vergangenheit liegenden Fürsorgeanspruch — d. h. einen Auslagenersatzanspruch — soll wirksam verzichten können.

c) Es verbietet sich ferner eine Auffassung dahin, daß „im voraus“ „vor Eintritt der Erkrankung“ bedeutet, daß also mit dem Augenblick der Entstehung des Anspruchs auf diesen ganz oder teilweise verzichtet werden kann. Ein derartiger Verzicht würde, wenn der Dienstverpflichtete nicht in der Lage ist, sich selbst die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu beschaffen, zu Ungunsten der Armenpflege, welcher der Dienstverpflichtete dann anheimfiele, erfolgen. Diese hätte wegen des Verzichtes keinerlei Ersatzansprüche. Denkbar wäre danach also, daß auf solche Weise § 617 zu Gunsten des Dienstberechtigten umgangen wird. Das darf nicht sein und soll ja gerade durch § 619 verhütet werden. Der Gesetzgeber kann eine derartige Befugnis des Dienstverpflichteten, die Rechte der öffentlichen Unterstützungsbehörden einzuschränken, nicht gewollt haben.

d) „Im voraus“ bedeutet vielmehr dasselbe, wie „für die Zukunft“ in § 1614 Abs. 1 B.G.B., d. h. daß jede Vereinbarung, welche sich auf die Folgezeit bezieht, also auch eine Vereinbarung während der Dauer der Erkrankung, ungültig ist. Denn die Verpflichtung des Dienstberechtigten besteht darin, daß er während der Dauer der Erkrankung des Dienstverpflichteten — mit der zeitlichen Einschränkung auf sechs Wochen — diesem die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren hat. Demgemäß ist jede Vereinbarung vor dem Ablaufe der Verpflichtung „im voraus“ getroffen und daher nichtig. Nur über entstandene konkrete Auslagen-

---

[209]) Reichstags-Kommissionsbericht S 85; ebenso Planck Anm. 2 zu § 619; Matthias, Lehrbuch Bd. 1 S. 521; Meisner, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse S. 182. Richtig Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 65.

ersatzansprüche kann gültig, insbesondere durch Vergleich (§ 779 B.G.B.), paktiert werden.[210])

e) Der Dienstberechtigte darf, wie schon früher bemerkt wurde, statt der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung auch nicht ein aliud gewähren, selbst wenn dasselbe kein minus ist. Dadurch würde die dem Dienstberechtigten nach § 617 „obliegende“ Leistung aufgehoben. Es konkurriert mit dem Privatinteresse des Dienstverpflichteten ein öffentliches Interesse, daß ihm eine sachgemäße Hülfe zuteil werde. Man kann also nicht sagen, es komme nach § 619 B.G.B. lediglich in Betracht, ob der Nachteil, der dem Dienstverpflichteten daraus entspringt, daß die Anwendung des § 617 durch Übereinkunft ausgeschlossen oder beschränkt wird, völlig durch den Vorteil ausgeglichen wird, den die Vereinbarung dem Dienstverpflichteten zuspricht.

f) Aus § 619 in Verbindung mit § 344 B.G.B. ergibt sich auch, daß die Geltendmachung der Rechte nicht indirekt dadurch verhindert werden kann, daß sich der Dienstberechtigte für den Fall der Geltendmachung eine Vertragsstrafe ausbedingt.[211])

g) Wie bereits hervorgehoben, ist hinsichtlich der Unterbringung in eine Krankenanstalt eine vertragliche Beschränkung möglich und erlaubt. Zur Krankenhausbehandlung ist der Dienstberechtigte ja nicht verpflichtet. Nur darf durch eine solche Vereinbarung niemals die Verpflichtung zur Gewährung der „erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung“ eingeschränkt werden.

h) Ein gegen § 619 verstoßender Vertrag ist nach § 134 B.G.B. nichtig.

Es fragt sich, welchen Einfluß diese Nichtigkeit der entgegenstehenden Abrede auf den Dienstvertrag ausübt.

Nach § 139 B.G.B. ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn ein Teil des Rechtsgeschäftes nichtig ist, außer wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Ist also § 139 anwendbar, so ist regelmäßig der ganze Dienstvertrag in Frage gestellt und würde die Schutzvorschrift des § 619 dazu beitragen, die Rechtsstellung des Dienstverpflichteten noch unsicherer zu machen,

---

[210]) So richtig **Staub** S. 262 Anm. 9 und S. 258; **Goldmann-Lilienthal** S. 624 Anm. 25; **Lindenberg** S. 99; **Planck** Anm. 3 zu § 619; **Oertmann** S. 341.

[211]) So schon **Planck** Anm. 2 zu § 619; **Kohler** a. a. O. S. 638.

obwohl doch der Gesetzgeber eine Befestigung derselben im Sinne hatte. § 139 ist aber überhaupt nicht anwendbar. Hier zeigt sich wieder die Wichtigkeit unserer Konstruktion einer sozialpolitischen Legalobligation. Denn nach ihr ist der betreffende nichtige Vertrag gar nicht ein Teil des Dienstvertrages und der vertraglich ausgeschlossene oder beschränkte Anspruch des Dienstverpflichteten auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung kein Teil des Anspruchs auf die vereinbarte Vergütung.[212])

i) Eine der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten voraufgehende Erweiterung sowohl in Bezug auf die Verpflichtung als auf die Höhe und Art der Leistung ist selbstverständlich zulässig. Das ergibt sich aus dem Wortlaute des § 619 selbst, wie auch durch Analogieschluß aus § 225 B.G.B.

k) Unbenommen bleibt es dem Dienstberechtigten, sich seiner Verpflichtungen nach § 617 auf dem Wege zu entledigen, daß er vertraglich mit dem Dienstverpflichteten ausmacht, dieser habe sich gegen Krankheit selber zu versichern. Die Rechtslage ist hier dann ähnlich wie die in dem entsprechenden Falle des K.V.G., wo sich der Arbeitgeber gemäß § 75 von seinen Pflichten dadurch befreien kann, daß er nur solche Arbeiter annimmt, die Mitglieder einer auf Grund des Gesetzes über die eingeschriebenen Hülfskassen errichteten Kasse sind. Ein derartiger Vertrag würde weder unmittelbar noch mittelbar gegen das Gesetz verstoßen und deshalb nicht unter den Schatten von § 134 B.G.B. treten.

VII.

Verletzung der Verpflichtung.

Zuwiderhandlungen in Bezug auf die Verpflichtung des Dienstberechtigten aus § 617 sind zwar — im Gegensatze zu den analogen Vorschriften des K.V.G. (§§ 80 ff.) — nicht strafbar, können aber doch verschiedene Folgen nach sich ziehen:

a) Der Dienstverpflichtete kann nach allgemeinen Grundsätzen auf Erfüllung der Pflichten aus § 617 gegen den Dienstberechtigten im Wege der Klage bezw. der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. Z.P.O.)

---

[212]) Vgl. hierzu die gekünstelte und nicht zu teilende Auffassung von Staub S. 259 in dem Exkurs zu § 62 H.G.B. und Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte S. 399.

vorgehen.[213]) Es ist in keiner Weise ersichtlich, warum diese Verpflichtung eine Naturalobligation sein sollte. Sie ist eine Verpflichtung zu einer Handlung, wegen der es nach §§ 887, 888 Z.P.O. Zwangsvollstreckung gibt.

Ja, selbst auf künftige Leistung kann — was allerdings zweifelhaft, aber hier nicht näher zu untersuchen ist — geklagt werden, „wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde" (§ 259 Z.P.O.).

Ferner sei bemerkt, daß, falls mehrere Dienstverpflichtete, die auf Grund wesentlich gleichlautender Verträge bei demselben Dienstberechtigten angestellt sind, bei einem gemeinsamen Unfalle erkranken, sie als Streitgenossen gemäß § 60 Z.P.O. klagen können, und daß unter Umständen das ergangene Urteil nach § 709 Ziff. 2 Z.P.O. auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist.

Endlich ist noch hervorzuheben, daß eine derartige durch des Dienstberechtigten eigene Pflichtwidrigkeit hervorgerufene Klage natürlich nicht einen „wichtigen Grund" bildet, aus dem nach § 626 B.G.B. gekündigt werden kann.[214])

b) Der Dienstverpflichtete kann statt dessen nach § 626 B.G.B. ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Dienstverhältnis kündigen und nach § 628 Abs. 2 B.G.B. Ersatz des durch die Aufhebung entstehenden Schadens verlangen. In diesem Falle wird nämlich § 628 Abs. 2 anzuwenden sein, obgleich er ein „vertragswidriges Verhalten" voraussetzt und in § 617 nicht eine vertragsmäßige, sondern eine gesetzliche Pflicht verletzt wird. Eine derartige Buchstabeninterpretation wäre aber hier nicht am Platze. Man wird vielmehr mittelst logischer extensiver Interpretation annehmen müssen, daß mit dem Worte „vertragswidrig" eine weitergehendere Bedeutung verbunden und dementsprechend „vertragswidrig" im Sinne des § 628 Abs. 2 B.G.B. auch dasjenige Verhalten ist, durch welches eine Pflicht verletzt wird, die das Gesetz, ohne daß sie einer Bestimmung des gegebenen Dienstvertrages entspricht, generell an Dienstverträge von gewisser Art geknüpft

[213]) Über die wichtige prozessuale Frage der Zuständigkeit der Gewerbegerichte hinsichtlich des § 617 ist hier nicht zu handeln. Sie dürfte nach § 3 Gew.Ger.G. wohl gegeben sein, vgl. Lotmar S. 244. Für Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge sind übrigens die Kammern für Handelssachen zuständig (§ 101 G.V.G.).

[214]) Lotmar S. 667.

hat. Vertragswidrigkeit kann hier nur als schuldhafte Pflichtverletzung ausgelegt werden.[215])

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten hört bei einer derartigen Kündigung des Dienstverpflichteten natürlich auf zu bestehen, weil nach § 617 Satz 3 nur die durch eine Kündigung des Dienstberechtigten nach § 626 B.G.B. herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht bleibt.

c) Der Dienstverpflichtete kann außerdem, falls den Dienstberechtigten bei der Verletzung der Fürsorgepflicht ein Verschulden trifft, Schadensersatz nach den allgemeinen Grundsätzen beanspruchen.

d) Der Dienstverpflichtete kann sich die „erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung" selber besorgen und den Dienstberechtigten nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 679, 683 B.G.B. belangen. Denn ohne die Geschäftsführung des Dienstverpflichteten würde einer Pflicht des Geschäftsherrn (Dienstberechtigten), „deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt", nicht rechtzeitig genügt (§ 679 B.G.B.).[216])

e) Die Polizei ist nicht befugt, auf Befolgung der in § 617 dem Dienstberechtigten auferlegten Pflichten hinzuwirken. Denn die Vorschrift dieses Paragraphen ist lediglich privatrechtlicher Natur und hat mit den öffentlichrechtlichen Befugnissen der Polizei keinerlei Berührungspunkte. Die Polizeibehörde wäre nur dann zum Einschreiten wegen eines Verstoßes gegen § 617 befugt, wenn ihr das Recht hierzu durch Gesetz besonders beigelegt wäre. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß unter Umständen die Polizei kraft der ihr obliegenden Aufgabe, für Leben und Gesundheit der Staatsbürger Sorge zu tragen, zu einer ähnlichen Pflicht berufen ist, z. B. wenn sie bei einer ansteckenden Krankheit für die Unterbringung des Dienstverpflichteten zu sorgen hat. Das geschieht dann aber nicht zum Schutze des Dienstverpflichteten, sondern zum Schutze des Publikums — „zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden

[215]) Ebenso Lotmar a. a. O. S. 245 und im Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik Bd. 8 S. 55 sowie Staub S. 277 Anm. 14 zu § 70 H.G.B.; Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., S. 392 Anm. 4 zu § 617 und Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 50 Anm. 30.

[216]) Zutreffend Oertmann Anm. 2a zu § 679.

Gefahr (A.L.R. II, 17 § 10) — und betrifft nicht im mindesten das Verhältnis zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten.

f) Unter Umständen kann auch der Armenverband eintreten, wie sich das aus dem Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870, abgeändert durch das Gesetz vom 12. März 1894, ergibt (vgl. §§ 28, 29, 30, 60 U.W.G.). Jeder Armenverband, welcher nach Vorschrift dieses Gesetzes einen Hülfsbedürftigen[217]) unterstützt hat, ist dann nach § 62, der gemäß Art. 32 E.G.B.G.B. in Kraft geblieben, „befugt, Ersatz derjenigen Leistungen, zu deren Gewährung ein Dritter aus anderen, als den durch dieses Gesetz begründeten Titeln verpflichtet ist, von dem Verpflichteten in demselben Maße und unter denselben Voraussetzungen zu fordern, als dem Unterstützten auf jene Leistungen ein Recht zusteht".

g) Nach § 27 Abs. 1 Satz 3 L.U.V.G. und § 10 B.U.V.G. hat, sofern die in Rede stehenden Leistungen „von den zunächst Verpflichteten nicht gewährt werden", die Gemeinde die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung mit Vorbehalt des Ersatzanspruchs zu übernehmen. „Die zu diesem Zwecke gemachten Aufwendungen sind von dem Verpflichteten zu ersetzen." Durch diese Vorschrift soll verhütet werden, daß der Dienstverpflichtete während der Dauer des Streites über die Passivlegitimation des Dienstberechtigten ohne Hülfe bleibt. Der Dienstverpflichtete kann sich hiernach im Falle der Not alsbald an die Gemeinde wenden, welche ihm freie erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung unverzüglich zu gewähren hat.[218]) Ist der Dienstberechtigte, gegen welchen die Gemeinde demnächst Regreß nimmt, zahlungsunfähig, so bleibt die Gemeinde allerdings endgültig belastet.

---

[217]) Die Hülfsbedürftigkeit ist nicht durch das Vorhandensein des zur Gewährung der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung verpflichteten Dienstberechtigten ausgeschlossen, vgl. dazu Wohlers-Krech a. a. O. S. 81.

[218]) Hieraus ergibt sich, daß in einem solchen Falle sowohl die Gemeinde wie der Dienstberechtigte fürsorgepflichtig sind, und zwar dergestalt, daß nach innen hin die Gemeinde vorläufig, der Dienstberechtigte dagegen endgültig die Kosten zu tragen hat. Ob sich diese Rechtserscheinung als Vertretungsverhältnis oder als eine Art Bürgschaftsverhältnis oder endlich als Gesamtschuldverhältnis — dies scheint das Zutreffendste zu sein — konstruieren läßt, ist an dieser Stelle nicht zu untersuchen.

h) In ähnlicher Weise ist jeder Dritte, der für den erkrankten Dienstverpflichteten sorgt, befugt, von dem Dienstberechtigten nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag Erstattung seiner Aufwendungen zu verlangen.[219]) Doch hängt sein Recht auf Erstattung vor allem davon ab, ob er die Absicht, Ersatz zu verlangen hatte oder nicht (§ 685 B.G.B.). Hielt er sich irrtümlich für verpflichtet, so ist sein Anspruch ausgeschlossen, wenn die Leistung eine sittliche Pflicht war (§ 814 B.G.B.), was beispielsweise bei Geschwistern der Fall sein dürfte.

VIII.

Schluß.

A. Ein Rückblick auf den nach den obigen Ausführungen sich ergebenden Rechtszustand drängt zu der Frage, ob dieser auch ein zweckmäßiger und völlig befriedigender ist. In dieser Hinsicht muß anerkannt werden, daß mit § 617 ein tüchtiger Schritt auf der Bahn sozialpolitischer Entwicklung vorwärts getan ist, und daß § 617 in sich eine Reihe ausbildungsfähiger Keime birgt. Mehr aber auch nicht. Es darf nicht verkannt werden, daß § 617 verschiedene empfindliche Mängel und Fehler enthält. In Form und Inhalt ist er nach mancher Richtung hin ein Unfertiges, ein noch nicht Abgeschlossenes. Er läßt zunächst durch seine unbestimmte und vielseitige Formulierung — vor allem durch seinen eine abstrakte Scheidung unmöglich machenden Begriff „dauernd" — dem subjektiven Ermessen des Richters einen viel zu weiten Spielraum. Der Wortlaut des § 617 allein genügt in keiner Weise, um das Geheimnis seiner Tragweite den Parteien und das seiner richtigen Anwendung dem Richter zu erschließen. Deshalb können hier — wo es doch wahrlich am wenigsten am Platze sein dürfte — eine große Unsicherheit und Verschiedenheit in der Rechtsprechung verursacht werden, was um so bedenklicher ist, als § 617 wegen der für die Einlegung der Revision erforderlichen Mindestsumme von 1500 Mark nur in sehr seltenen Fällen vor das Reichsgericht zur Auslegung gelangen wird.

Aber auch abgesehen von diesem Einwand gegen die Unvollkommenheit der Fassung. Gegen das ganze Vorgehen des § 617 ist ein

---

[219]) Vgl. dazu den von mir im Preuß. Verwaltungs-Blatt Bd. 25 S. 134 erörterten Fall.

prinzipieller Vorwurf zu machen. Auf der einen Seite erscheint es als eine gewisse Unbilligkeit gegenüber den Dienstverpflichteten, daß sie in so mancher Beziehung ungünstiger gestellt sind als die Mitglieder von Krankenkassen. Auf der anderen Seite erscheint es als ungerechtfertigte Härte gegenüber den Dienstberechtigten, daß sie mit der schweren Fürsorgepflicht aus § 617 allein belastet werden. Das trifft namentlich für den kleineren, mit einigen Gesellen arbeitenden Handwerker zu, dem es ohnehin schon schwer wird, gegenüber der mit größerem Betriebskapital und häufig unter günstigeren Produktionsbedingungen arbeitenden Großindustrie seine Existenz zu behaupten, und der sich vielleicht wegen seiner geringen Mittel in Fällen der eigenen Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung nicht gönnt.[220])

Dieser Behauptung wäre allein die Möglichkeit einer Versicherung entgegenzuhalten. Man könnte erwidern, daß es ja dem Dienstberechtigten freistände, für mäßige Leistung das von ihm zu tragende Risiko auf andere abzuwälzen, indem er entweder seine Dienstverpflichteten gegen Erkrankung oder sich selber gegen den ihm aus der Erkrankung der Dienstverpflichteten entstandenen Schaden versichert.[221]) Doch dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Ganz abgesehen davon, daß der Dienstberechtigte dann immer noch die Prämien zu zahlen hätte, daß die Privatversicherungen oft wenig zuverlässig sind, und daß mit der menschlichen Schwäche, eine gegebene Möglichkeit des Schadensausgleiches nicht in vorschauender Überlegung sofort zu benutzen, zu rechnen ist, — ein prinzipieller Mißgriff wird nicht dadurch beseitigt, daß seine schlechten praktischen Folgen bis zu einem gewissen Grade sich heilen lassen. Wäre das der Fall, so hätte das B.G.B. fast gar keine Fehler. Und wer wollte das bestreiten?

B. Es wäre zweifellos gerechter und ein im Interesse der Humanität erstrebenswertes Ziel, wenn man die Krankenfürsorge des Dienstberechtigten für den Dienstverpflichteten zu einem gewissen Teil auf die Gesamtheit abwälzte und die nicht krankenversicherten Dienstverpflichteten

---

[220]) Vgl. dazu Protokolle S. 288, 289; v. Schulz im Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik Bd. 13 S. 399 Anm. 1 erklärt: „Kleine Arbeitgeber, welche meistens in schlechter Vermögenslage sich befinden, werden kaum jemals die Mittel besitzen, ihre Pflichten aus § 617 B.G.B. zu erfüllen.“

[221]) Siehe dazu Kohler in der Encyklopädie Bd. 1 S. 571.

auf gleiche Stufe mit den Krankenversicherten stellte. Man hätte dazu bei der in Aussicht genommenen Gesamtreform des Krankenversicherungsgesetzes auf den schon bei der Beratung des B.G.B. im Reichstage gestellten Antrag,[222]) den § 617 dadurch entbehrlich zu machen, daß § 1 K.V.G. den Zusatz erhalte: „4. in einer häuslichen Gemeinschaft, falls das Dienstverhältnis ein dauerndes ist, das die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt", zurückzukommen. Der Antrag wurde damals mit Recht abgelehnt. Es war unmöglich, eine so weitgehende Bestimmung „mit einem Schlage so nebenher beim B.G.B." anzuordnen. Es wurde aber ausdrücklich dabei von vielen Seiten hervorgehoben, daß man einer derartigen Ausdehnung des K.V.G. geneigt sei.

Im Falle einer bei einer Gesamtreform des K.V.G. möglichen und durchaus angebrachten Änderung in dem angegebenen Sinne wären freilich verschiedene redaktionelle Änderungen des K.V.G. erforderlich. Auch hätte dann neben dem Dienstberechtigten der Dienstverpflichtete zu zwei Dritteln die erforderlichen Beiträge zu zahlen. Doch würden diese sehr häufig vom Dienstberechtigten nicht vom Lohne abgezogen werden, wäre der Anspruch des Dienstverpflichteten — nach der am 1. Januar 1904 in Kraft tretenden Novelle vom 24. Mai 1903 — auf eine Unterstützung von 26 Wochen erweitert, würde die Verpflichtung wegen vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Herbeiführung der Erkrankung nicht mehr wegfallen, würde ein nur tatsächlich bestehendes Dienstverhältnis genügen, wären Strafbarkeit und kurzfristige Verjährung gegeben und erhielte der Dienstverpflichtete noch frühestens vom 3. Tage nach Beginn der Erkrankung bei vorliegender Erwerbsunfähigkeit — vom 1. Januar 1904 selbst bei den durch geschlechtliche Ausschweifungen zugezogenen Krankheiten — ein sich nach dem ortsüblichen Tageslohne bemessendes Krankengeld und unter Umständen ein Sterbegeld. Ferner würde damit auch einem schon oft gerügten Mangel des K.V.G., daß nach ihm die Dienstboten nicht versicherungspflichtig sind, in erfreulicher Weise abgeholfen.[223]) Endlich wäre bei einer derartigen Neuregelung ein Zusatz zu § 617, wie ihn Conrad[224]) für wünschenswert hält,

[222]) Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 344, 347, 348.

[223]) Vgl. z. B. Conrad a. a. O. S. 284 und Silbermann in Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik Bd. 20 S. 372 ff.

[224]) a. a. O. S. 525.

„daß nach einer gewissen Dauer des Dienstverhältnisses, von 20 oder 25 Jahren etwa, lebenslängliche Versorgung bei Arbeitsunfähigkeit beansprucht werden kann", dann wohl nicht mehr von nöten.

Der gegen diesen Vorschlag mögliche Einwand, in der Schweiz habe man mit der entsprechenden Vorschrift des Art. 341 Abs. 2 des Obligationenrechts gute Erfahrungen gemacht, kann in dieser Beziehung nicht maßgebend sein. Denn einmal gibt es in der Schweiz noch keine Arbeiterversicherungsgesetzgebung, und andererseits gewährt die freiere, gewissermaßen mit prätorischen Befugnissen ausgestattete Stellung des Richters in der Schweiz, die ihn ermächtigt, im einzelnen Falle zu mildern und auszugleichen, eine gewisse Garantie für eine den Verhältnissen des Lebens entsprechende Gesetzesanwendung.[225])

Wie weit bei einer Reform die unklaren und strittigen Begriffe der häuslichen Gemeinschaft, des dauernden Dienstverhältnisses und der vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommenen Erwerbstätigkeit, welche sämtlich mit dem bisherigen Sprachgebrauche des K.V.G. nicht im Einklang stehen, genauer und besser zu bestimmen und mehr dem K.V.G. anzupassen sein werden, vor allem ob der Begriff „dauernd" nicht überhaupt aufzugeben ist und an seine Stelle die „durch die Natur ihres Gegenstandes oder im Voraus durch den Arbeitsvertrag auf einen Zeitraum von weniger als einer Woche" (§ 1 K.V.G.) nicht beschränkte Beschäftigung zu treten hat, — das zu untersuchen liegt außerhalb des Zieles unserer Schlußworte. Sie wollen nur zu einer Nachprüfung dieser zweifellos überaus wichtigen Frage anregen und beweisen, daß das bisherige Vorgehen zum Schutze der Dienstverpflichteten gegen Erkrankung sich noch in den Anfängen befindet, daß § 617 nur als Notbehelf anzusehen ist, und daß der Zukunft noch große weitere Aufgaben nach dieser Richtung hin vorbehalten sind.

---

[225]) Vgl. dazu Protokolle S. 287.

10.

Der Begriff der „verlorenen Sache".

Von **Dr. Arthur Brückmann** in Berlin.

§ 1.

I. Daß das Fundrecht zu einem der wenigen im wesentlichen mißglückten Kapitel des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehört, wird heute kaum mehr bezweifelt. Auf Schritt und Tritt begegnen der Auslegung die größten Dunkelheiten und unerquicklichsten Streitfragen. Den ersten Platz aber beansprucht, wie ich glaube, in dieser Beziehung dasjenige Problem, das gleichsam im Herzen der ganzen Fundlehre sitzt: der Begriff der „verlorenen Sache", von der der § 965 B.G.B. spricht. In Bezug auf ihn herrscht in der Theorie eine außerordentliche Unklarheit. Dennoch glaube ich, daß gerade hier das Gesetz keineswegs die Schuld trägt. Ich bin nämlich der Ansicht, daß man sich bei der Auslegung dieses Begriffes auf einem — wenn der Ausdruck verstattet ist — aprioristischen Holzwege befindet, daß man durchaus mit einer petitio principii arbeitet, die ich bekämpfen möchte: diese hat die sklavische Abhängigkeit zum Gegenstand, in die man den Verlustbegriff des Gesetzes zum Besitzbegriff gebracht hat.

Ist man sich dessen auch kaum bewußt, so sind doch gerade aus neuerer Zeit Erörterungen, die im Anschluß an einen praktischen Fall gepflogen wurden, geeignet, einem jeden die Bedenklichkeit der herrschenden Auffassung zum Bewußtsein zu bringen. Ich meine in erster Linie einen Aufsatz von Schäfer,[1] der aber keineswegs allgemeine Zustimmung gefunden hat.[2]

[1] In Seufferts „Blättern für Rechtsanwendung" (1903) S. 1 ff.

[2] S. gegen ihn Silberschmidt ebenda S. 109 ff., jetzt auch Francke in den „Annalen des Deutschen Reichs" (1903) S. 310 ff. S. auch unten Anm. 46.

Ich bin der Meinung, daß zu der Annahme der unbedingten Abhängigkeit, in der nach der herrschenden Lehre der Verlustbegriff von dem Besitzbegriff stehen soll, weder terminologische noch dogmatische, weder äußere noch legislatorische Gründe nötigen. Daß das Bürgerliche Gesetzbuch nicht sagt, was es unter einer verlorenen Sache versteht, ist völlig unbestritten, sonst würden nicht so tiefgreifende Zweifel bestehen. Aber selbst da, wo es Hinweise und Fingerzeige gibt, aus denen man interpretatorisch schöpfen könnte, selbst da, wo es wenigstens zu sagen scheint, was es nicht darunter verstanden wissen wolle, wo es von den „gestohlenen, verloren gegangenen oder sonst abhanden gekommenen" Sachen (§§ 935, 1006, 1007) spricht, hat man leichten Herzens dieses Interpretations-Material als für den Verlustbegriff des Fundrechts unbrauchbar aus inneren Gründen bei Seite geschoben.[3]) Der Ausdruck „verlorene Sache" müsse in einem weiteren Sinne verstanden werden, als er bei jener Gegenüberstellung habe, hat man gesagt. Andere wieder scheinen der Terminologie des Gesetzes durchaus souverän gegenüber zu stehen. So vor allem Enneccerus-Lehmann,[4]) die definieren: „Finden ist das Gewahrwerden und Ansichnehmen augenscheinlich wider den Willen des Berechtigten aus dessen Besitz gelangter, meist also verlorener beweglicher Sachen" . . ., und die im Sachregister unter dem Stichwort „verlorene Sachen" auf ihren § 58 Ziff. 5 (S. 169) verweisen, wo die Verfasser von „Sachen, die dem Eigentümer oder seinem Unterbesitzer wider oder ohne ihren Willen abhanden gekommen sind", handeln. Mit diesen Sätzen scheint zum Ausdruck gebracht werden zu sollen, 1. daß eine unfreiwillige Besitzentfremdung, wie ich das Entgleiten aus dem Besitz bezeichnen möchte, zwar „meist" bei den verlorenen Sachen vorliegen werde, daß sie aber keinesfalls etwa ein Begriffskriterium ausmache, daß vielmehr die Begriffsfeststellung der verlorenen Sache von ihr unabhängig vor-

---

[3]) Vgl. insbes. Planck zu § 965 Anm. 1; Biermann zum § 965 und alle übrigen. Aber einen Unterschied zwischen verlorenen und abhanden gekommenen Sachen scheinen doch alle diejenigen Schriftsteller zu machen, die das Verkehrsprinzip des § 935 für sich erörtern und seine Bedeutung und Tragweite zu ergründen suchen. Vgl. in dieser Beziehung Brettner im „Recht" 1900 S. 223, Bendix in Seufferts Blättern f. R.A. 1901 S. 373ff., vor allem aber Fuld im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 89 S. 402ff.

[4]) II. Aufl. Bd. II S. 191.

genommen werden müsse, — und 2. daß ein wesentlicher Unterschied zwischen unfreiwillig abhanden gekommenen und verlorenen Sachen nicht bestehe.[5]) — Hierhin gehört es auch, daß Endemann[6]) sich gleichfalls außerstande sieht, mit einem einheitlichen Verlustbegriff auszukommen, — freilich in etwas anderem Sinne. Er spricht davon, daß sich der Besitz auch in denjenigen Fällen fortsetze, „wo der Besitzer selbst die bewegliche Sache im engeren Sinne „verloren" hat, d. h. sie derart aus seiner Gewalt gekommen ist, daß sie sich außerhalb der Wohn- und Geschäftsräume an unbekannter, bestimmungswidriger Stelle befindet." Ähnlich, wie wir unten — Anm. 38 — sehen, kennen auch Staudinger und Fuld a. a. O. S. 403 „eigentlich" und „uneigentlich" verlorene Sachen. Und auch Oertmann — unten Anm. 25 — verwendet den Begriff der im „engeren Sinne" verlorenen Sachen.

Dem unbefangenen Betrachter muß aus alledem wenigstens das Eine, was schon oben betont ist, noch klarer werden, daß sich hier aus dem Gesetz selber nichts wesentliches für unseren Begriff gewinnen läßt, — ein Ergebnis, das bereitwilligst von sämtlichen Schriftstellern anerkannt und hervorgehoben wird.

Um so eigenartiger mutet es ihn an, wenn mit einer gewissen Zähigkeit dennoch auf der anderen Seite, nach der Besitz-Seite zu, am Gesetz festgehalten wird, — gleichsam, um dem Gesetzgeber dafür Genugtuung zu geben, daß man seine Terminologie in dieser Angelegenheit wenig oder gar nicht verwenden könne. Der Besitz müsse verloren sein, sonst könne die Sache nicht verloren sein. Wenn die Sache aus der Gewalt des bisherigen Inhabers unmittelbar in den Besitz eines anderen gelangt sei, könne sie nicht als verloren angesehen werden. „Verloren im Sinne des § 965 ist die Sache, welche durch

[5]) Biermann sagt a. a. O. übrigens ausdrücklich: „Verloren ist im Sinne dieses Paragraphen jede abhanden gekommene Sache". Ebenso Staub, Komm. zum H.G.B. § 366 Anm. 45; Siméon, Recht und Rechtsgang S. 602/3: „Verloren ist eine Sache dann, wenn sie dem Besitzer wider seinen Willen abhanden gekommen ist . . ." Ebenso Leske S. 423, Landé zu § 965, Kuhlenbeck zu § 965. Etwas abweichend Staudinger (2. Aufl.) S. 227.

[6]) Lehrbuch, Sachenrecht (1898) S. 150 Ziff. 3. Ihm schließt sich Delius, Preußisches Verwaltungsblatt v. 6. Mai 1899 S. 337 an. Viele (z. B. Cosack — trotz mancher geäußerten Bedenken —, Matthias, Neumann, Meisner) sprechen sich gar nicht aus, auch Kipp (bei Windscheid), Haidlen, Achilles, Tränkner und Wulfert, Reatz äußern sich nicht.

Zufall gegen den Willen des Besitzers aus dessen Gewahrsam an einen ihm unbekannten, bestimmungswidrigen Ort gekommen ist und sich in niemands tatsächlicher Gewalt befindet.“ [7]) Hiermit hat man aber, vielleicht ohne sich der vollen Tragweite der Sache bewußt zu sein, gleich in doppelter, sehr einschneidender Weise den Verlustbegriff mit dem Besitzbegriff durchtränkt und sie beide in eine so innige Beziehung zu einander gebracht, daß es außerordentlich kühn auf den ersten Blick erscheinen muß, wenn hiermit behauptet wird, daß sie mit einander im Grunde wenig zu tun haben. Demgegenüber verschlägt es sehr wenig, daß sich häufig in tatsächlicher Hinsicht Besitz- und Sachverlust decken werden; denn einerseits werden zwar 1. immer Sachen, die ihrem Besitzer unfreiwillig entfremdet worden sind, ohne sich fremdem Besitz eingefügt zu haben, sobald sie an einen ihrem Besitzer unbekannten, bestimmungswidrigen Ort gekommen sind, als „verloren“ zu gelten haben, andererseits werden aber 2. keineswegs alle drei Bedingungen notwendig erfüllt sein müssen, damit der Tatbestand der „verlorenen Sache“ gegeben sei, und zwar dergestalt, daß überhaupt keine von ihnen für die Begriffsfeststellung der verlorenen Sache ein wesentliches Kriterium abgibt. — Ich sagte, daß diese Aufstellung auf den ersten Blick kühn erscheinen könnte, — aber sie ist es nicht, weil eben in Wahrheit die gegenteilige, die mit dem Gesetz in freister Weise schaltet, die Bezeichnung einer kühnen Hypothese verdient. Legt man sich nämlich ganz unbefangen und ohne sich irgendwie durch die vielfach vertretene Ansicht, die den Verlustbegriff und den Besitzbegriff von einander abhängig machen will, beirren und den Blick trüben zu lassen, die Frage vor, was man denn unter einer

[7]) So der Aufsatz von Schäfer im Anschluß an Planck und Biermann, siehe aber auch den von Silberschmidt. Daß die Ansicht in dieser Form die herrschende sei, muß übrigens nach dem Vorstehenden und dem noch Folgenden entschieden bestritten werden. Vor den beiden Abhandlungen hat man den erörterten Fragen noch nicht sehr eingehend nachgedacht, abgesehen von einigen Dissertationen, die im § 3 noch besonders betrachtet werden sollen. Was aber als für die in dieser Lehre herrschende Verwirrung charakteristisch schon hier hervorgehoben werden darf, ist: daß man sich des einschneidenden, tiefgehenden Unterschiedes, der zwischen der von Planck, Biermann und Silberschmidt vertretenen und der etwa von Dernburg, Goldmann-Lilienthal, Leske, Siméon u. a. m. verfochtenen Anschauung gar nicht bewußt wird. Der „Besitz“ schafft hier künstlich eine große Partei, die innerlich ganz zerklüftet ist.

verlorenen Sache im täglichen Leben verstehe, so wird man sich antworten: das kannst du eigentlich in gleichförmiger Weise für alle in Betracht kommenden Fälle gar nicht formulieren. Deinen kleinen Hemdenknopf, der dir neulich unbemerkt, als du am Tische arbeitetest, abhanden gekommen sein muß, und nach dem du dich jetzt schon seit zwei Wochen halb blind suchst, mußt du wohl verloren geben. Du weißt ganz genau (oder glaubst es genau zu wissen), daß er dir nicht gestohlen sein kann, weil die in betracht kommenden Personen durchaus ehrlich sind, es ist somit auch ausgeschlossen, daß er aus deiner Wohnung, ja aus deinem Arbeitszimmer gekommen ist, ja, es ist sogar möglich, daß du ihn nach Jahren oder noch früher plötzlich einmal wiederfindest, — wie es kürzlich mit deinem vor einem Jahr als Lesezeichen benutzten Kneifer der Fall war, — allein dies alles kann dir für jetzt und die nächste Zukunft gar nichts nützen, verloren ist verloren, — einstweilen mußt du dir einen neuen kaufen. Oder aber, wie steht es mit deinem Regenschirm, der dir neulich bei der großen Gesellschaft, die dein Freund gab, vertauscht worden ist? Daß er es wurde, steht vollkommen fest; denn den ihm gleichenden hast du ja als Unterpfand in deinem Besitz. Aber wer ihn nahm, — das ist das bisher immer noch ungelöste Problem, an dessen Lösung sich deine ganze Familie und die deines Freundes lange Zeit vergeblich abgemüht haben! Es kommen nicht weniger als 20—30 dir völlig fremde Personen in Betracht, die aufzusuchen dir völlig unmöglich ist; jetzt hast du das Rennen aufgegeben, den vertauschten Schirm als diligens pater familias sorgsam in einen Schrank gestellt, dir einen neuen gekauft und den alten. im Drange der Geschäfte schon lange vergessen und verschmerzt. Betrachtest du diesen Schirm nicht als verloren (im „engeren" oder „weiteren Sinne"), — nur weil du weißt, daß er sich ja im Besitz eines anderen sicher befindet, der auch tatsächlich fortgesetzt über ihn verfügt? Dies ist ganz ausgeschlossen. Solche theoretischen Betrachtungen bleiben dem Verkehr und dem täglichen Leben völlig fremd; sie würden den „Verlierenden" auch nicht um einen kleinen Schritt fördern.

Was ihn fördern kann, das ist die Erkenntnis der Dinge, so wie sie sind, die wirtschaftliche Einsicht in die Realität der Verhältnisse und eine durchschnittsmäßige Abwägung der Möglichkeiten. In dieser Weise richten wir alle täglich unser Leben ein. Solche Auffassungsweise er-

schließt uns auch einzig und allein den Begriff der „verlorenen Sache". Eine Sache, die meinem Machtbereich gegen bezw. ohne meinen Willen derart entfremdet ist, daß ich sie vernünftiger Weise nicht mehr wirtschaftlich in Betracht ziehen, daß ich sie nach aller Wahrscheinlichkeit nicht mehr als zu meinem Vermögen gehörig rechnen, daß ich nicht mehr auf sie als ein an seinem Teile für meine Bedürfnisse mitarbeitendes Vermögensstück bauen kann, muß ich als eine verlorene betrachten, — sie ist eine verlorene im Sinne des täglichen Lebens — und des Gesetzes, das sich mit ihm decken soll.[8]) Rein wirtschaftlich ist der Begriff und zugleich rein subjektiv. — Für die Beurteilung dieser Umstände kann es hier natürlich nicht die Meinung sein, daß die Willkür und die Launen des betreffenden Verlierenden ausschlaggebend, daß etwa ein von ihm entworfener Stundenplan zu respektieren wäre, in den er für den Rest seines Lebens das Forschen nach dem abhanden gekommenen Gegenstand in gemessener Weise fest eingestellt hat, — wohl aber ist sicher, daß alle tatsächlichen, ihn und seinen Wirkungskreis umgebenden Umstände bei der Beantwortung der Frage, ob nach vernünftigem Ermessen jene Sache als eine verlorene zu bezeichnen sei, herangezogen werden müssen. So ist maßgebend ein relativ abwägendes Prinzip. Weder gilt der Satz, „daß das Haus nichts verliert", noch der, daß die tatsächliche Gewalt Anderer vor Verlust schützt. Zutreffend ist es, wenn Fischer-Henle zu § 965 bemerkt: „Besitzverlust im Sinne des § 856 ist dazu nicht erforderlich", und im allgemeinen, für die Regel richtig ist es auch, wenn Dernburg[9]) das Moment, daß der

[8]) Selbstverständlich kann hier die Streitfrage, ob nur ein rechtlich relevanter Wille oder auch der sog. tatsächliche Wille zu beachten sei, wie sie zu dem Begriff des „Abhandenkommens" insbesondere von Brettner und Fuld in verschiedener Weise beantwortet wird, gar nicht erst auftauchen. Es ist ganz klar, daß das Verlorengehen den Unmündigen in derselben Weise trifft wie den Geschäftsfähigen. Nur das ist zu beachten: wenn ein Geschäftsunfähiger z. B. „willentlich" eine Sache dereliquieren wollte, so wäre sie eventuell doch nur als eine „verlorene" zu betrachten, nicht als eine herrenlose. Vgl. auch Fuld a. a. O. S. 406.

[9]) Sachenrecht, 3. Aufl., S. 327. So übrigens auch alle anderen: Siméon a. a. O., Leske a. a. O. und unten § 31. — Nur Goldmann-Lilienthal a. a. O. scheinen davon abzusehen. Vgl. auch das Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg im Beiblatt der „Hanseatischen Gerichtszeitung" 1903 S. 65/66, s. unten § 31 II.

Verlierende nicht wissen darf, wo sich die Sache befinde, betont, — wenn auch im übrigen ihm nicht beigestimmt werden kann und sich Fälle denken lassen, wo man weiß, wo die Sache sich befindet, und wo man sie dennoch als eine verlorene betrachten muß.[10])

II. Auf die im vorstehenden entwickelten Grundsätze möchte ich gleichsam die Probe aufs Exempel machen, indem ich sie in Beziehung zu zwei anderen Gebieten des Obligationenrechts bringe, auf denen sie ungezwungen jeden Tag praktische Anwendung finden können. Mit vollem Bewußtsein wähle ich im nachstehenden den Umweg eines — wenn der Ausdruck erlaubt ist — indirekten Beweises, der vielleicht als eine Art Analogie gelten kann, dessen Berechtigung sich aber jedenfalls im einzelnen Falle — und so auch, wie ich meine, in diesem — und für den jeweilig konkreten Fall herausstellen kann und dann anerkannt werden muß. —

Ich meine zunächst das Institut der Auslobung.

Man setze den Fall, daß ein Gast eines Hotels, der seine kostbare Busennadel verloren zu haben meint, folgende öffentliche Bekanntmachung erläßt: „Verloren eine kostbare Busennadel (folgt Beschreibung). Der ehrliche Finder erhält angemessene Belohnung.“ Am nächsten Tage bringt sie ihm der Kellner des Hotels. Wie gestaltet sich die Rechtslage? (An einen gleichartigen Tatbestand knüpfen Schäfer und Silberschmidt an.) Der Auslobende wird inne, daß er (nach der allgemeinen Ansicht) die Sache ja gar nicht verloren habe; sie war die ganze Zeit lediglich in der tatsächlichen Gewalt des Hotelbesitzers geblieben; er merkt, daß er sich geirrt hat; über den Inhalt seiner Erklärung war er ganz im Irrtum; er lobte eine Belohnung für eine verlorene Sache aus, während diese Sache gar nicht verloren war. Naturlich hätte er bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger

[10]) Man denke z. B. daran, daß jemand einen Gegenstand in einem fremden, fernen Land, wo er besuchsweise sich aufhielt, vergrub, in der sicheren Voraussetzung, im nächsten Jahre wieder in dieses Land zu kommen und die Stelle aufsuchen zu können. Inzwischen treten Ereignisse ein, die einen erneuten Besuch als völlig unmöglich erscheinen lassen. Schlaganfälle rauben die Fähigkeit der Bewegung und lähmen die Zunge. Auf diese Weise wird der ursprünglich freiwillig der unmittelbaren Gewalt entfremdete Gegenstand zu einem unfreiwillig, und zwar dauernd entfremdeten. Die Sache ist verloren im Sinne der tatsächlichen Verhältnisse, verloren für ihn. Nur hierauf kommt es an.

Würdigung des Falles niemals die Erklärung abgegeben; denn — wie wird er für nichts und wieder nichts „Finderlohn" versprechen! So ficht er also sofort nach §§ 119, 121 B.G.B. die ganze Auslobung an, — (nicht ohne sich vorher des Besitzes der Sache vergewissert zu haben). — Könnte solche Auslegung irgend jemanden befriedigen? Ich glaube, daß wir es hier mit einem Fall zu tun haben, der zu denjenigen gehört, die Schneider neuerdings in seinem bedeutungsvollen Buche[11]) so eindringlich behandelt hat, und von denen er sagt, daß es hier noch gar nicht auf Treu und Glauben ankommt, sondern nur auf die selbstverständliche Anwendung von Verstand und Beobachtung, daß hier nur erst der § 157[12]) das Anrufen der gereiften, verständigen Beurteilung, also die Forderung von etwas Selbstverständlichem bedeutet. Nur eine verständige Auslegung gehört dazu, um erkennen zu können, daß dem Auslobenden die Wiedererlangung der von ihm für verloren gehaltenen Nadel der Erfolg war, den er (nach § 657) herbeigeführt sehen wollte.[13]) Man wird hier also lediglich Irrtum im Beweggrund annehmen können und die Willensäußerung, die erklärte Auslobung, im Sinne der wirtschaftlichen und realen Verhältnisse, in deren Rahmen sie erschien würdigen.[14])

---

[11]) Konrad Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches § 11 S. 96ff.

[12]) Die Frage, ob die Auslobung zu den Verträgen gehört, lasse ich bei Seite. — Richtig über die Anfechtungsmöglichkeit wegen Irrtums Elster in dieser Zeitschrift Bd. 18 (1900) S. 185/6.

[13]) Hierzu kommt man auch, wenn man die von Schneider a. a. O. § 13 aufgestellten Regeln zur Anwendung bringen wollte und annähme, daß der Wortsinn („Finden" „Verloren") zu eng geraten, daß er „zu kurz ausgefallen" sei, so daß die berichtigende, in obigem Sinne ausdehnende Auslegung einzutreten habe.

[14]) Darüber, daß wir es wirklich mit einem Irrtum im Sinne des § 119 II zu tun haben, wenn ein Auslobender „verlorene" Sachen zum Gegenstand seiner Auslobung macht, obwohl sie nicht verloren sind, kann kein Zweifel sein. Ich kann hier z. B. auf Schloßmanns neue Schrift über den § 119 Abs. 2 in Fischers Beiträgen Bd. 9 S. 13, 16, 20, selbst S. 73 verweisen. Aber die Mittel und Wege, die er in seiner Abhandlung dem Richter an die Hand geben will, um in den hilfsbedürftigen Fällen den schwerwiegenden abstrakten Konsequenzen der weitschichtigen Bestimmung zu entgehen, sind im Fall der — übrigens nicht ausdrücklich berücksichtigten — Auslobung nicht sehr bequem.

Nun zu dem anderen Kapitel, dem der **Geschäftsführung ohne Auftrag**, die ja auch mit starken Fäden an das Fundrecht geknüpft ist. Ein guter Freund des Verlierers veranstaltet die obige Auslobung, an deren persönlicher Vornahme der Verlierer durch irgend welche eine negotiorum gestio sonst rechtfertigenden Umstände verhindert ist, und von der er mutmaßen kann, daß sie nach aller Wahrscheinlichkeit seinem wirklichen Willen entspreche, wenn sie dies nicht gar in Wahrheit tut. Als „Belohnung" setzt er etwa einen den schmächtigen Finderlohn unseres Gesetzes um das Doppelte übersteigenden Betrag aus. Die Auslobung hat Erfolg. Der Kellner bringt die Nadel, und es stellt sich der oben zu Grunde gelegte Tatbestand heraus. Der Freund zahlt, (nachdem wir angenommen haben, daß er aus § 119 B.G.B. nicht anfechten kann), die ausgelobte Summe und verlangt von dem Geschäftsherrn Ersatz nach den §§ 683, 670 B.G.B.

Unter ihrem Gesichtswinkel betrachtet, stellt sich jetzt die Frage etwas anders als bei der persönlich vorgenommenen Auslobung selbst. — Daß zunächst ein „Geschäft" im Sinne der §§ 677ff. für den verlierenden Freund durch die Auslobung übernommen und durch die

---

Insbesondere z. B. nicht das S. 60 unter e erwähnte Mittel, da dies nur für Verträge paßt: der Richter soll in der Regel aus der Tatsache, daß der Erklärende sich betreffs gewisser Eigenschaften keine besondere Zusicherung habe erteilen lassen, schließen dürfen, daß ihm an dieser Eigenschaft nichts gelegen war. Aber der Auslobende betont gerade die Eigenschaft des „Verlorenseins". Am besten paßt dann noch das „letzte, verzweifelte Mittel" (S 63), daß der Richter, soweit irgend tunlich, die Eigenschaft als eine im Verkehre nicht als wesentlich angesehene bezeichne. Dies erscheint jedoch ebenfalls nicht ganz einwandfrei; denn es gilt zweifellos dem Verkehr als wesentlich, daß man nur sein Geld für Sachen auslobt, die dem Auslobenden faktisch wie verlorene entfremdet sind. — Aber mag man nun diesen Weg gehen oder den von mir als richtig bezeichneten, gleich in der Erklärung selber einen erweiterten Sinn zu finden, — Einigkeit wird darüber herrschen, daß man einer Anfechtung nicht Raum geben kann, — und der Grund hierfür ist eben die Rücksicht auf die Verkehrssitte, das wirtschaftliche, das ökonomische Moment! — Auch **Lenel** in Iherings Jahrbüchern 1902 S. 1ff. müßte an und für sich die Anwendung des § 119 Abs. 2 hier zulassen. Seine Definition S. 16 müßte er analog auch hier zu Grunde legen. Denn die Gründe, aus denen er S. 26ff. für Verträge wie Auftrag, Verwahrung und Leihe den § 119 II ausschließt, treffen auf die Auslobung nicht zu, weil die Anfechtung dem Auslobenden sehr wohl, gerade mit Rücksicht auf die beschränkte Widerrufsmöglichkeit des § 658, und zwar einzig und allein, nützen würde.

Wiederbeschaffung der Nadel auch ausgeführt ist, kann nicht gut bestritten werden.[15]) Es fragt sich nur, ob wir es mit einer „gültigen“, d. h. entlastungsfähigen Übernahme zu tun haben,[16]) für die er nach § 683 eine Rechnung aufmachen kann. Diese Bestimmung verlangt, daß die Übernahme dem (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Geschäftsherrn und seinem Interesse entsprochen haben muß. Das erste Kriterium setzten wir als gegeben voraus, — wie aber steht es mit dem des „Interesses“? Dieser Begriff ist — dazu nötigt uns die völlige Aussonderung der Willensmomente — so objektiv wie möglich zu fassen; er ist dem des „Besten“ im § 5 B.G.B. sehr nahe verwandt, für ihn gilt der Satz, daß der Erfolg entscheidet.[17]) Wie steht es nun hier? Ist dem Interessebegriff genügt? Ist der objektiven Zweckdienlichkeit durch die Auslobung der Summe entsprochen, ist mit ihr dem Geschäftsherrn etwas Nützliches zugefügt? Wer auf dem Standpunkt der sog. herrschenden Ansicht bezüglich des Verlustbegriffes steht, könnte die Frage verneinen, für den Fall, daß der Geschäftsführer nicht den Beweis erbrächte, daß ohne die Auslobung die Nadel nicht wieder an das Tageslicht gefördert worden wäre, — (ein Verlangen, das mit der völligen Versagung jedes Ersatzanspruchs fast identisch wäre). Denn die Nadel war ja nicht „verloren“; für die Herbeischaffung noch in meinem Besitz befindlicher Gegenstände Finderbelohnungen auszuloben, entspricht nicht objektiver Nützlichkeit. — Daß jemand so doktrinär entscheiden könnte, glaube ich nicht. Vielmehr wird hier ohne weiteres überall eine wirtschaftliche und verkehrsgemäße Argumentation zu Grunde gelegt und gesagt werden: es kann dahingestellt bleiben, ob ohne die Auslobung die Nadel der Verfügungsmacht des Verlierenden wieder zurückgewonnen worden wäre. Auch der „Interesse“-begriff ist bei aller Objektivierung natürlich nur im Sinne der tatsächlichen, wirtschaftlichen Lage des Geschäftsherrn zu betrachten. Es entspricht aber in diesem Sinne dem Interesse eines Menschen, daß wertvolle Sachen, die seiner Sphäre derart entfremdet sind, daß sie für seine wirtschaftliche Berechnung gleich Null sind, ihm zurückgewonnen

---

[15]) Vgl. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag ꝛc. (bei Gustav Fischer in Jena, 1903) S. 20.

[16]) Vgl. a. a. O. S. 114.

[17]) A. a. O. S. 123.

werden. In diesem Sinne erfüllte auch die Auslobung einer angemessenen Summe die Voraussetzungen des „Interesse“begriffes.

Die Erwägungen, die hier ausschlaggebend sind,[18]) können bei der Interpretation des Verlustbegriffes selber keine prinzipiell verschiedenen sein. Das ist ganz ausgeschlossen, weil die tatsächlichen Unterlagen die gleichen sind. Die herrschende Ansicht aber nötigt, dies völlig außer acht zu lassen, indem sie den Begriff der „verlorenen Sache“ in eine gänzliche Abhängigkeit von dem Besitzbegriff des Gesetzes bringt.

Für die Richtigkeit dieses Vorgehens ist bisher nicht der geringste Beweis erbracht worden; die Beweislast trifft aber die Vertreter der gedachten Theorie, weil es das Naturgemäße ist, von dem Sprachgebrauch und den Auffassungen des täglichen Lebens auszugehen. Dieses aber weiß nichts davon, daß ich in meinem oder gar einem fremden Hause nichts „verlieren“ kann, weil der Besitz an dem Gegenstande noch fortdauert. Die Erfahrungen des Lebens belehren einen jeden Tag für Tag eines Anderen, Schlimmeren. Beinahe täglich vermindert sich unser Vermögen in dieser Weise wider unseren Willen um positive Bestandteile, und wir buchen sie dann regelmäßig tatsächlich zumeist und durch konkludente Handlung auf unserem Verlustkonto. Und wenn man sie uns plötzlich zurückverschafft, so freuen wir uns des Wiedergewonnenen, ohne darüber zu reflektieren, ob wir es im „engeren“ oder „weiteren“ Sinne verloren hatten oder nicht. Wie häufig veranstalten wir nicht auch innerhalb unseres Hauses kleine Auslobungen zum Zwecke der Wiedererlangung entfremdeten Besitztums und zahlen Finderbelohnungen selbst Dienstverpflichteten oder Angehörigen! Sollten alle diese so rein natürlichen Dinge nicht einen Fingerzeig geben für

---

[18]) Man kann leicht auch andere Fälle heranziehen, die die wirtschaftliche Seite der Sache deutlich erkennen lassen. Ein kostbarer Gegenstand kommt seinem Besitzer abhanden. Dem Hauswirt drängt sich die Überzeugung auf, daß er sich in einer Ritze der betr. Wohnung verborgen haben müsse. Jedenfalls will er sein möglichstes versuchen. Während einer Reise seines Mieters läßt er die Dielen aufreißen usw. und findet die Sache wirklich. Die negotiorum gestio führt nicht zum Ziel; jedenfalls hat er nicht mit Ersatzabsicht gehandelt. Für den Fall, daß seine Nachforschungen ergebnislos bleiben sollten, wollte er auf eigene Gefahr und Rechnung handeln; im anderen Fall glaubte er sich an den Finderlohn halten zu können. Jetzt aber wird ihm erklärt, daß er solchen nicht beanspruchen könne, weil die Sache nicht „verloren“ war. Auch Verwendungen auf die Sache hat er nicht gemacht.

die Ausgestaltung des Verlustbegriffes? Widerstrebt es nicht auch völlig jeder natürlichen Auffassung, daß man im „gesetzlichen" und „natürlichen" Sinne auf verschiedene Weise „verlieren" kann?

§ 2.

I. Soviel ist allerdings richtig: zwänge uns das Gesetz, wie es dies leider so häufig tut, dazu, besondere juristische Konstruktionen zu machen, um nicht zu ganz unhaltbaren Widersprüchen zu gelangen, — ich will nur an den § 675 erinnern, — so ließe sich nichts dagegen machen. Dies ist aber hier nicht der Fall. Das Gesetz sagt mit keinem Worte, daß es den Begriff der verlorenen Sache als einen Appendix des Besitzbegriffes betrachtet. Das Gegenteil ist viel eher der Fall. Im § 856 heißt es: „Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert." Hieraus geht einzig und allein hervor, daß durch den Verlust der tatsächlichen Gewalt über eine Sache die Beendigung des Besitzes eintritt, — nicht aber 1. der Zeitpunkt, in dem das Gesetz die tatsächliche Gewalt als „verloren" angesehen wissen will, und 2. daß ihm überhaupt der Begriff des Verlustes der tatsächlichen Gewalt über eine Sache identisch ist mit dem Begriff der verlorenen Sache selber. Dies hat man bisher scheinbar immer stillschweigend als selbstverständlich vorausgesetzt. Aber gerade nach dieser Richtung scheint mir im Gesetz auch nicht der leiseste Anhaltspunkt gegeben zu sein.

Im Gegenteil: im § 940, der unten — V a. E. — noch unter einem anderen Gesichtspunkt betrachtet wird, hätte es nahe gelegen, von dem Verlust der Ersitzungssache und der Wiedererlangung der Sache zu sprechen; allein beide Male wird der Ausdruck vermieden und nur auf den verlorenen und zurückerlangten Eigenbesitz abgestellt.

Aber hiermit nicht genug: wie ich oben darzulegen versuchte, hat man es bisher mit der Terminologie sehr leicht genommen und sich ohne größere Bedenken darüber, daß das Gesetz gelegentlich die verlorenen Sachen von den gestohlenen und anderweitig abhanden gekommenen unterscheidet, hinweggesetzt. Im Ergebnis mit Recht, — aber ohne je auch nur eine eingehendere Begründung zu versuchen. Und dies mit Unrecht: denn steigt man etwas in den allgemeinen terminologischen Zusammenhang hinein, so erkennt man erst recht deut-

lich, wie absolut unmöglich und unzulässig es ist, derartige Argumente irgendwie und irgendwo bei unseren Fragen zu verwerten. Dann ergiebt sich nämlich: daß nicht ein einziges Kriterium von denjenigen, welche die herrschende Ansicht oder die herrschenden Ansichten als Essentialia des „Verlust"begriffes aufstellen, durch den allgemeinen terminologischen Zusammenhang bestätigt wird, daß vor allem auch die „Besitz"-schranke zusammenfällt, und daß man nicht nur recht daran tut, sondern gar nicht anders kann, als den Begriff aus sich zu interpretieren. Wo aber dann der richtige Weg geht, — das scheint mir ganz außer Zweifel, — und (was sehr wichtig) — hierfür gewährt der terminologische Zusammenhang durch seine negative Beschaffenheit eine starke positive Bestätigung. Darüber jetzt ein kurzes Wort.

II. Daraus natürlich, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Ausdrücke „Verlieren" und „Verlust" in mannigfachen Zusammenhängen gebraucht, läßt sich in keiner Weise etwas in meinem oder gegnerischem Sinne gewinnen. Rechtsfähigkeit, Rechte, Ansprüche, Einreden, Spiele, die elterliche Gewalt, Befugnisse aller Art gehen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche „verloren", Aufgebote „verlieren" ihre Kraft, Gesellschaften erleiden „Verluste", durch „Verluste" vermindern sich Einlagen, — alles dies ist unerheblich und kann in unserer Sache nicht verwertet werden: weil wir es lediglich mit den „verlorenen Sachen" zu tun haben und sich somit der Kreis der Argumente und Analogien in eklatantester Weise von selbst verengert.

III. Aber schon wesentlich mehr will es bedeuten, daß bei einer schärferen Betrachtung der §§ 935, 1006 und 1007 und der in ihnen gleichförmig verwandten Nebeneinanderstellung der gestohlenen, verlorenen und abhanden gekommenen Gegenstände sich sehr deutlich ergibt, daß dem Gesetzgeber bei der Formulierung, also folglich wohl auch bei der Begriffsbildung, nichts ferner gelegen haben muß, als der Gedanke an die Besitzschranke. Daß zunächst jene extreme Richtung, die verlangt, daß die Sache, um verloren zu sein, auch in keines anderen Besitz gelangt sein dürfe, mit den gedachten Bestimmungen in einen schweren Konflikt geraten muß, ist selbstverständlich. Denn der Veräußerer, der die Sache dem Erwerbsbereiten übergibt, ist ja gerade im Besitz, und es handelt sich ja gerade um den Besitz der Sache, — also mußte sie vorher in eines anderen Besitz gelangt sein und wäre demnach keine verlorene? Demnach wäre der Begriff und der

ganze § 935 unsinnig; denn man müßte annehmen, daß einzig und allein durch Übergabe seitens des Finders einer verlorenen Sache nach § 935 Eigentum erwerben werden könnte: denn dessen Besitz ist erst begründet worden, — nachdem die Sache bereits als „verloren“ sich qualifiziert hatte, während alle anderen dadurch, daß sie Besitz an der Sache vorweisen, ihr die Eigenschaft einer verlorenen nehmen. Aber es bedarf nicht zweier Worte, um zu zeigen, daß solche Annahmen unsinnig wären. Noch nie ist irgend jemand darauf verfallen, daß überhaupt nur auf den Finder der § 935 in seinem hauptsächlichsten Teile passe, und die Künstlichkeit des oben konstruierten Gedankenganges erweist klar die Unnatur seines Ausgangspunktes.

Aber auch nicht einmal daran kann der Gesetzgeber in den §§ 935, 1006, 1007 gedacht haben, daß, um den Begriff des „Verlorenseins“ festzustellen, wirklich erst nachgeprüft werden müßte, ob die Sache überhaupt aus dem Besitz des Eigentümers gelangt ist. Die Folge wäre nämlich die: wird eine dem Machtbereich des Eigentümers im Augenblick des Veräußerungsgeschäfts entfremdete, aber noch keineswegs seinem Besitz im technischen Sinne entzogene Sache von einem Nichtberechtigten veräußert, so würde dem gutgläubigen Dritten das Kriterium des „Verlorenseins“ aus § 935 im Sinne der herrschenden Ansicht nicht entgegengehalten werden können, — während er es sich immer entgegenhalten lassen müßte, wenn dem Eigner der Besitz gänzlich abhanden gekommen wäre. Also: noch in meinem „Besitz“ befindliche Sachen, über die ich aber zur Zeit realiter zu verfügen nicht in der Lage bin, weil sie sich ohne meinen Willen meinem tatsächlichen Machtbereich entzogen haben, können gültig von Gutgläubigen erworben werden, — erst müssen sie mir völlig entschwinden, so daß die juristische Subsumtion unter den Besitzverlust vollzogen werden kann, damit ich bezüglich ihrer den Schutz des Hand-wahre-Hand-Prinzips genieße! Ein unmögliches Ergebnis! Es ist klar, daß es nur von rein theoretischen und gänzlich unfruchtbaren Erwägungen getragen werden kann. Auf den schmalen und feinen Besitzfaden, der die Sache, die mir aus den Augen und vielleicht auch aus dem Sinn gekommen, möglicherweise noch mit meiner Machtsphäre verknüpft, und den nur das geschulte Auge des Juristen erblickt, kommt für die wirtschaftlichen Zwecke des Hand-wahre-Hand-Prinzips nicht das geringste an!

Aber — kann man vielleicht einwenden — sind solche Sachen

auch nicht durch das Kriterium des „Verlorenseins“ geschützt, — so vielleicht durch das des „anderweitigen Abhandenkommens“. Der Gesetzgeber hat ja gerade diese salvatorische Klausel, diesen kautschukartigen Begriff als Palliativmittel verwendet, um gegen alle möglichen derartigen und andersartigen Eventualitäten gesichert zu sein!

Allein abgesehen davon, daß ein derartiges Rekurrieren-Müssen auf ein so offenbar indifferent gedachtes und matt formuliertes Kriterium, das eigentlich nur von dem von anderen Begriffen erborgten Lichte lebt und nur in Anlehnung an sie bestehen kann, etwas äußerst Unbefriedigendes in dem Interpreten, der einen so tief und weit reichenden Tatbestand, wie den des § 935 usw., darauf stützen soll, zurückläßt, — ist es ja klar, daß, wer schon zum Verlorensein Besitzverlust verlangt, diesen für den Begriff des Abhandenkommens gewiß fordern muß; denn aus dem Wortlaut der gedachten Vorschriften, insbesondere dem „sonst“ ergibt sich, daß in ihnen der Diebstahl und der Verlust nur als die zwei hauptsächlichsten Wege hervorgehoben werden sollen, auf denen Sachen „abhanden kommen“ können, — (was zwar nicht ausschließt, daß anderswo wieder das Abhandenkommen als der engere Begriff erscheint, — s. unten V).

Nach alledem bleibt es dabei, daß nicht nur die Vertreter der extremsten Ansicht (Biermann, Planck usw), die für den Verlustbegriff auch die Abwesenheit neuen Besitzes fordern, sondern auch die der engeren, die sich mit dem Besitzverlust des Verlierers „begnügen“,[19]) mit den §§ 935, 1006 und 1007 in einen unlöslichen Widerstreit geraten müssen.

IV. Eine sehr deutliche Bestätigung und Unterstützung dieser Gedankengänge gewährt ferner der § 794: nach ihm wird der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen, oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist.

[19]) S. oben Anm. 7 und unten § 3. — Die Arbeiten, die sich nur mit dem Begriff des „Abhandenkommens“ befassen (s. oben Anm. 3), betonen alle gleichmäßig den unfreiwilligen Besitzverlust als Voraussetzung des Kriteriums. Für uns aber gilt es festzuhalten, daß wir den Verlustbegriff des Fundrechts festzustellen suchen, und daß wir uns nicht dadurch beirren lassen dürfen, daß da und dort das Gesetz zu besonderen Zwecken die verlorenen Sachen irgendwie mit anderen zusammenspannt.

Da auch hier, um den Tatbestand überhaupt zu realisieren, ein Besitzer vorhanden sein muß, der das verlorene Inhaberpapier präsentiert (§ 793), so treffen auf diesen Fall alle Erwägungen zu, die ich im Hinblick auf die §§ 935, 1006, 1007 angestellt habe. Auch hier kann es nicht der Gedanke des Gesetzgebers sein, daß erst untersucht werden müsse, ob der Besitz des Ausstellers aufgehört habe oder aber nicht etwa juristisch noch fortbestehe. Aber noch weit mehr; es ergibt sich als etwas Positives in unserem Sinne: Diebstahl und Verlust werden hier als Mittel bezeichnet, durch die Sachen in den Verkehr gelangen können! Das ist sehr richtig und von dem Gesetzgeber mit offenen Augen instinktiv erschaut: die gedachten Ereignisse können in der Tat Verkehrsmittler sein, und, wenn dies zum Ausdruck gebracht werden soll und daraus legislatorische Folgen gezogen werden sollen, so ist es ganz unmöglich, nach rechts oder links oder gar beiden Seiten die begriffliche Besitzschranke aufzurichten. Selbstverständlich wird ja regelmäßig der Aussteller eines wider seinen Willen in den Verkehr gelangten Papiers auch juristischen Besitz an ihm nicht mehr haben, — aber darum kümmert sich der Tatbestand nicht, das ist ihm etwas gänzlich Nebensächliches. Der leitende Gedanke ist hier wie im Fall des § 935 Abs. 2 der Schutz des redlichen Erwerbers,[20]) und der Erwerber ist nicht minder redlich, ob nun noch ein Besitzband das in den Verkehr gelangte Inhaberpapier mit dem Aussteller verknüpft, oder ob jegliche Verbindung fehlt. Diese rein interne Angelegenheit berührt den Begriff und seine Tendenzen gar nicht. Dieser Begriff ist aber gegenüber dem des Verlorengehens der weitere: also wird auch im § 794 das Verlustkriterium durch die Besitzfragen nicht alteriert.

V. Die wertvollste Belegstelle vielleicht bildet aber für unsere Ansicht der § 701 B.G.B., nach dem der Gastwirt dem Gaste den Schaden zu ersetzen hat, den dieser „durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet“. Die meisten Schriftsteller befassen sich natürlich gar nicht erst mit der Terminologie,[21]) während

---

[20]) Jacobi, Die Wertpapiere im B.G.B. (1901) S. 174.

[21]) So Oertmann, Neumann, Planck, Cosack, Dernburg, Endemann, Leske usw., aber auch nicht die Monographien über §§ 701 ff. von Borck, Schipmann, Macdonald und Eschenburg. — Übrigens gelten ähnliche Gesichtspunkte, wie die oben unter V ausgeführten, auch für die

Krzywoszynski[22]) behauptet, daß „wann und ob Sachen verloren ... sind“, selten streitig sein werde.

Allein so einfach liegt die Sache doch nicht; im Gegenteil ist man auch hier, soweit man sich überhaupt mit der Terminologie befaßt hat, zu widerspruchsvollen Sätzen gelangt.

Bezeichnend ist zunächst, daß man augenscheinlich keinen Augenblick Bedenken getragen hat, für den Tatbestand des Gastaufnahmevertrags die Interpretation des Verlustbegriffes genau so einzurichten, wie ich dies in dieser Arbeit für den allgemeinen Begriff der verlorenen Sache zu vertreten suche: rein wirtschaftlich, rein individuell, ganz den einschlägigen Verhältnissen angepaßt. So nämlich schreibt der einzige Schriftsteller, der, soweit ersichtlich, bisher der Frage eingehendere Betrachtung geschenkt hat, Arnold Langen,[23]) folgendes: „Unter „Verlust“ ist nicht nur die totale Vernichtung der eingebrachten Sachen oder ihr spurloses Verschwinden zu verstehen, sondern die Sachen können schon dann als verloren bezeichnet werden, wenn der Gastwirt außer Stande ist, ihre Rücknahme in naher und absehbarer Zeit zu gewähren, selbst wenn der Verbleib der Sachen bekannt sein sollte. Das vernünftige Ermessen muß hier die Grenze ziehen, welche mit Rücksicht auf das Bedürfnis rascher Abwicklung der aus dem Reiseverkehr erwachsenden Beziehungen nicht zu weit hinausgerückt werden darf“, — so daß also auch solche Sachen, „die der flüchtige Hausknecht mitgenommen hat“,[24]) zu den verlorenen gehören. Mit keinem Worte also erwähnt man die Besitzschranke; ohne jedes Bedenken setzt man sich über sie hinweg; ja, — man hält es nicht einmal der Mühe wert, daran zu erinnern, daß sich doch im allgemeinen an den „Verlust“begriff ganz andere Vorstellungen knüpfen.

Oder doch? — Gewiß! Langen kann schließlich nicht umhin, auf den § 935 hinzuweisen, — aber die Art, wie er die Parallele

---

handelsrechtlichen Vorschriften, die sich auf den „Verlust“ des Gutes beim Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter und Frachtführer beziehen (H.G.B. §§ 390, 407, 414, 417, 423, 429, 430, 439). Auch dort kann überall das Besitzverhältnis den Verlustbegriff in keiner Weise alterieren.

[22]) Rostocker Dissertation 1903 S. 18.

[23]) Die privatrechtliche Stellung der Wirte und der Gastaufnahmevertrag (1902) S. 37/38.

[24]) Krzywoszynski a. a. O.

zieht, ist willkürlich und kann nicht gebilligt werden. Er meint, in den Verlustfällen des § 701, für die er a. a. O. einige Beispiele bildet, würde allerdings „im Sinne des § 935, 1 B.G.B. von einem Verluste oder Abhandenkommen nicht die Rede sein können und daher die dem Gaste entzogenen Sachen dennoch den Schutz gutgläubigen Erwerbes genießen", während im Sinne des § 701 haftbar machender Verlust vorliege. „Der Begriff des Verlustes geht mithin hier weiter als in § 935, 1, wie sich schon daraus ergibt, daß in § 935 neben verlorenen Sachen gestohlene besonders aufgeführt werden, während diese in § 701 unter die verlorenen zu rechnen sind." — Dieses Argument enthält sofort einen circulus vitiosus und eine petitio principii: woher weiß Langen, daß im § 701 die gestohlenen Sachen in den „Verlust"-begriff hineinfallen? Weshalb schließt er nicht umgekehrt, daß sie, weil sie im § 701 nicht genannt sind, nicht zu den verlorenen gehören? Die Antwort ist sehr einfach: weil er dann nicht mit den wirtschaftlichen Tendenzen seines Instituts in Einklang kommen kann, weil der „Verlust"begriff des § 701 eben aus inneren Gründen ein weiterer sein muß. Dann aber darf er weder irgend eine Bestimmung herausgreifen und behaupten, daß dort der Sinn ein engerer sei, weil er sie im Augenblick nicht braucht, noch überhaupt leugnen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch einen einheitlichen Verlustbegriff habe. An dieser Stelle wird das Gegenteil vertreten: 1. einmal, daß die Terminologie nichts Beweiskräftiges bietet; wir sahen schon, daß je nach dem wirtschaftlichen Zwecke die gestohlenen Sachen bald von den verlorenen getrennt, bald mit ihnen unter dem Gesichtspunkt des „Abhandenkommens" oder „In-den-Verkehr-Gelangens" zusammengespannt werden, und wir sehen weiter, daß — im § 804,[25]) der von den abhanden gekommenen und vernichteten Papieren handelt, deren „Verlust" der bisherige Inhaber dem Aussteller anzuzeigen hat, — wenn es einmal gerade paßt, — der Verlust als der weitere Begriff erscheint, der

[25]) Jacobi, Wertpapiere S. 286/7, scheint der Terminologie nicht den geringsten Wert beizumessen: — mit Recht. Er spricht bald von „verlorenen oder vernichteten", bald allgemein von „abhanden gekommenen" Scheinen usw., während die Vorschrift „abhanden gekommene" Scheine den „vernichteten" an die Seite stellt und beide Arten unter „verlorene" zusammenfaßt. So auch ohne Rücksicht auf die Terminologie für den § 701 das Urt. des OLG. Stettin v. 6. März 1903 in Mugdan-Falkmanns „Rechtsprechung" VI S. 442/3.

den des Abhandenkommens in sich aufnimmt. Was sollen wir da also noch für ein entscheidendes Gewicht auf die Aufzählung oder Auslassung der einzelnen Sachen in den verschiedenen Vorschriften legen! — Und hier wird 2. behauptet, daß gleichwohl ein einheitlicher Verlustbegriff dem Bürgerlichen Gesetzbuche zu Grunde liegt, der sich nur dadurch jeweilig differenziert, daß er sich biegsam den einzelnen Verhältnissen anschmiegt. Das Wirtschaftliche, — das macht seine Einheit und seine Vielheit aus! Selbstverständlich gehen die bei einem Gastwirt eingebrachten Sachen anders verloren, als sonst welche Gegenstände. Aber was folgt daraus? Weiter nichts, als daß das Tatbestandsmerkmal des „Verlustes“ oder „Verlorenseins“ von den besonderen Verhältnissen aus untersucht, als gegeben oder nicht gegeben anzusehen und anders entschieden werden muß, wenn Sachen bei Gastwirten verloren gehen, anders, wenn sie einem beliebigen Privatmann abhanden kommen. Aber das Ergebnis ist natürlich dasselbe dort wie hier: die Sache ist verloren, und es ist kein Grund einzusehen, aus welchem die nach § 701 verlorenen Sachen dem § 935 nicht unterfallen sollen. Langen bleibt hierauf die Antwort schuldig; eine Begründung wäre aber erforderlich. Aus dem Gesetz nämlich ergibt sich folgende Sachlage: der Gastwirt, der nach § 701 Ersatz leisten muß, braucht dies nur gemäß § 255 zu tun, d. h.: er kann sich die Ansprüche abtreten lassen, die dem Gaste insbesondere auf Grund seines Eigentums an der Sache zustehen.[26]) Geschieht dies, so ist für den Gast der betreffende

[26]) Mit diesen und den folgenden Ausführungen bezüglich des § 255 stimmen fast vollständig die überzeugenden Darlegungen Oertmanns in seiner „Vorteilsausgleichung“ S. 276, 278, 279, 281, 283, 286, 296, 298, 300, 301 überein. Der § 701 bietet nach ihm sogar einen der nächstliegenden und wichtigsten Fälle für die Anwendung des § 255; das Hauptbeispiel des abzutretenden Anspruches ist der dem Eigentum entfließende Eigentumsanspruch, gerichtet auf Herstellung des dem Eigentume entsprechenden Zustandes. Nicht einverstanden bin ich nur mit seiner Unterscheidung (S. 283) der „im engeren Sinne „verlorenen“ Sachen“, die nicht physisch zu Grunde gegangen, aber dem Besitz des Berechtigten entzogen seien. Damit tritt Oertmann in die Reihe der Vertreter der herrschenden Ansicht (s. oben), welche den Sachverlust vom Besitzverlust abhängig machen. Für den § 701 aber stellt er das Unvermögen zur Leistung gleich und betont den subjektiven Charakter des „Verlust“-kriteriums im § 701. Das ist richtig: nur nehmen die somit nach § 701 als „verloren“ qualifizierten Sachen an dem allgemeinen Schicksal aller „verlorenen Sachen“ teil.

Gegenstand gewiß sogar in dem Sinne verloren, daß eine Möglichkeit, ihn jemals wieder zu erlangen, nicht besteht, und sicher ist er dadurch dem Eigentümer im Sinne des § 935 abhanden gekommen.[27]) Daß aber die dem Eigentümer verlorenen oder gestohlenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen nur zu seinen Gunsten den Schutz des Hand-wahre-Hand-Prinzips genießen, sagt das Gesetz mit Absicht nicht. Sie genießen vielmehr einen absoluten Schutz, der demjenigen zu gute kommt, der gerade wirtschaftlich an ihm interessiert ist. Und als ein solcher steht hier der Gastwirt da, der nach § 701 B.G.B. Ersatz leisten mußte, nach § 255 dem Verlierer die Eigentumsansprüche abgekauft hat und nach § 931 möglicherweise bereits Eigentümer geworden ist, — wenn nämlich die nach § 701 verlorene Sache sich im Besitz eines Dritten befinden sollte, was nach der von mir vertretenen Ansicht ja ohne weiteres möglich ist.[28]) Also ob Eigentümer, ob nicht Eigentümer, — der Gastwirt hat, wenn ihm der Anspruch auf Herausgabe usw. nach § 255 zediert worden ist, das dringendste Interesse an dem Schutz aus § 935. — Es macht aber auch keinen Unterschied, wenn die Abtretung nicht oder noch nicht erfolgt ist. Da der Gastwirt „nur gegen Abtretung“ des Herausgabeanspruchs zum Ersatz verpflichtet ist, so hat er ein dringendes Interesse daran, daß der Gast bezw. der Eigentümer, der Verlierer oder sonst Berechtigte das Eigentum an der Sache behält und sich erhält,[29]) wie ohne weiteres klar ist. Hat er auf die Rechte aus § 255 verzichtet und ohne weiteres Ersatz geleistet, so ist das Interesse beim dinglich Berechtigten.

[27]) Oertmann (a. a. O. S. 301) meint: „Hat der Ersatzpflichtige in Ausübung des ihm abgetretenen Anspruchs die Sache erlangt, so ist sie hinfort für den Eigentümer keine „verlorene“ mehr“. Das kann man m. E. nicht so ohne weiteres sagen: zunächst erscheint sie erst gerade jetzt verloren, wenn auch die tatsächlichen Verhältnisse es oft so fügen werden, daß der Ersatzpflichtige die Sache dem Eigentümer gegen Rückzahlung der Ersatzsumme zurückerstattet. Das ist dann aber ein neues selbständiges Geschäft. Übrigens kommt es hierauf für uns nicht an! Der Begriff der „verlorenen“ Sache mußte schon längst vorher festgelegt sein, als es sich um die Ersatzfrage handelte! Natürlich können verlorene Sachen wiedererlangt werden.

[28]) So auch Oertmann a. a O. S. 300ff. bezüglich der Vindikationszession. Vgl. auch die trefflichen Ausführungen Kohlers in diesem Archiv Bd. 18 S. 88.

[29]) Denn der Ersatzpflichtige hat in solchem Falle ein Klagerecht aus § 255, wie Oertmann S. 290ff. mit der herrschenden Ansicht und überzeugenden Gründen darlegt.

Nach alledem kann ich auch nicht einmal einen wirtschaftlichen Grund erkennen, die gemäß § 701 verlorenen Sachen dem Schutz des Hand-wahre-Hand-Prinzips zu entziehen,[30]) sie sind verloren und genießen ihn nach allgemeinen Grundsätzen. Was aber für mich so besonders wertvoll und belangreich ist: durch den § 701 wird bestätigt, daß Sachen verloren gehen können in einem Hause, in befestigten Besitzständen, daß für die Begriffsfeststellung gar nicht erst gefragt wird, ja nicht gefragt werden darf, ob noch Besitz im juristischen Sinne — sei es des Verwahrers, sei es des Gastes, sei es des Personals oder sonst irgend einer Person — besteht oder nicht besteht.

Schließlich will ich noch in Kürze die Bestimmung des § 940 Abs. 2 hervorheben, durch die auch die letzte feste Säule des herrschenden „Verlust"begriffes ins Schwanken gerät: das Kriterium der Unfreiwilligkeit. Nach dieser Vorschrift nämlich gilt die Unterbrechung der Ersitzung als nicht erfolgt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz „ohne seinen Willen verloren" hatte! Also, — gibt es vielleicht auch freiwillig verlorenen Eigenbesitz? Bejahendenfalls, — gibt es vielleicht dennoch nicht freiwillig verlorene Sachen? (Da ja verlorener Besitz und verlorene Sache nach meiner Auffassung sich nicht decken.) Ich bin weit entfernt, diesen Fragen die Antworten zu suchen und die Terminologie in dieser Weise zu pressen. Ich selbst behaupte, daß die Sachen ohne oder gegen den Willen des Machthabers der

[30]) Gerade die wirtschaftlichen Tendenzen des § 255 werden auch von Oertmann a. a. O. S. 278 sehr zutreffend klargelegt. Sein Zweck ist eine möglichst volle Schadloshaltung des vom Verlust Betroffenen auf der einen Seite, unter Vermeidung einer übermäßigen und unnötigen Belastung des Verantwortlichen auf der anderen Seite. Diese Zwecke werden durch die Abtretung der Ansprüche verwirklicht. „Je rascher und sicherer die abzutretenden Ansprüche zum Ziele führen, desto geringer ist der Nachteil, den Verlust oder Beschädigung der Sache dem Endergebnis nach mit sich gebracht haben; desto geringer aber auch die Belastung des Ersatzpflichtigen, der für das Geleistete dann ein um so vollständigeres Äquivalent erhält." Er natürlich trägt auch das Risiko. — So knüpft der § 255 ein festes wirtschaftliches Band zwischen der verlorenen Sache, dem Verlierer und dem verantwortlichen Bewahrer. Und deshalb ist die Langesche Anschauung innerlich unbegründet. — Sein Hinweis übrigens auf Staubs Kommentar zum H.G.B. § 366 Anm. 46 scheint mir nicht recht erklärlich. Dort wird von einem ganz anderen Thema gehandelt, als der begrifflichen Parallele zwischen §§ 701 und 935; Staub äußert sich gar nicht ausdrücklich.

Machtsphäre entfremdet sein müssen, um als verloren zu gelten, weil das den Auffassungen des wirtschaftlichen Verkehrs entspricht. Ich halte deshalb den Zusatz „ohne seinen Willen" im § 940 nur für eine phraseologische Breite, die sich vielleicht aus dem sprachlichen Zusammenhang rechtfertigt oder erklären läßt.[31]) Aber es lag mir doch daran, darauf aufmerksam zu machen, wie wenig Grund man hat, sich irgendwie auf terminologische Argumente festzulegen, und wie so gar nicht beweiskräftig Deduktionen sind, die willkürlich diese oder jene Vorschrift für ihre Zwecke herausgreifen.

§ 3.

I. Es ist nun in dieser Sache nicht ohne charakteristische Bedeutung, daß die Vertreter der herrschenden Ansicht — von einer solchen kann man allerdings, wie schon hervorgehoben, nur mit der Beschränkung sprechen, als der Besitzbegriff irgendwie für den Verlustbegriff verwertet wird,[32]) — sobald sie die Fragen eingehender verfolgen, insbesondere auch die Konsequenzen ziehen, sofort zu lauter Widersprüchen und inneren Unmöglichkeiten gelangen. Die großen Werke (Lehrbücher und Kommentare) lassen dies nicht so erkennen, weil sie nur im allgemeinen Zusammenhange die Fragen berühren, wie die Einzelschriften, die über Fundrecht handeln und wohl oder übel dem Verlustbegriff etwas näher treten müssen. Gemeinsam ist ihnen, daß sie fast überall an die bekannten älteren Arbeiten, insbesondere von Schütze (Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 2 N. F.) und von Delbrück (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik Bd. 3) anzuknüpfen suchen, ohne auch nur irgendwie den Versuch zu machen, dem Begriff in unbefangener Prüfung auf der Grundlage des neuen Rechts naiv gegenüber zu treten. Indem sie sich sämtlich mehr oder minder an einander anlehnen, weichen sie doch wieder in wesentlichen Punkten von einander ab, äußern sich dann aber in diesen Beziehungen mit so geringer Schärfe, daß sie sich der obwaltenden Unterschiede in keiner Weise bewußt werden können.

Dies ist deshalb so bemerkenswert, weil es durchaus eine Folge des innerlich unmöglichen Begriffes ist, für den sie, ohne besondere

[31]) S. übrigens auch ähnliche Wendungen in der Arbeit von Bendix a. a. O. S. 374/5.

[32]) S. oben Anm. 7.

Freude an ihm zu empfinden, eintreten zu müssen glauben. Ich will zur Kennzeichnung des Gesagten und damit auch zur weiteren Unterstützung meiner oben dargelegten Auffassung kurz einige dieser Einzelschriften, die mir erwähnenswert scheinen, beleuchten.

Auch sie sind sich sämtlich natürlich darüber einig, daß der Begriff der „verlorenen Sache" im B.G.B. nicht definiert ist. Aber, um die Möglichkeit einer verschiedenartigen Definition für das tägliche Leben und für die Jurisprudenz zu retten, wird alsbald behauptet: der Ausdruck „Verlieren" . . . „gehört halb dem Alltagsleben, halb dem Rechtsgebiete an und hat wie das Wort „Finden" eine verschiedene Bedeutung. Im Verkehr des täglichen Lebens wird eine Sache sowohl dann als verloren bezeichnet, wenn der Verlierer den Besitz derselben derartig eingebüßt hat, daß er den Ort nicht weiß, wo sie sich befindet, als auch dann, wenn er zwar den Aufenthalt der Sache kennt, aber den Besitz nach Willkür nicht wieder zu ergreifen vermag, mag nun ein anderer die Sache aufgenommen haben, oder mag ihm der Aufenthaltsort unzugänglich sein."[33]) Sind nun damit die Fälle, in denen man im täglichen Leben Sachen als verloren bezeichnet, in keiner Weise erschöpft, so ist die zu Grunde liegende Auffassung überhaupt prinzipiell abwegig. Ich kann unmöglich von einem Begriff, den mir zweifellos der werkeltägliche Sprachgebrauch liefert und den das Gesetz nicht weiter modifiziert hat, sagen, er gehöre „halb" dem Rechtsgebiete an. In dem Augenblick, wo ihn das Gesetz aufnimmt, um ihn irgendwie zu verwerten, gehört er ebenso sehr „ganz" dem „Rechtsgebiet" an, wie er völlig aus dem täglichen Leben geboren ist. Zwingt mich der erstgenannte Umstand, ihn zu interpretieren, so liefert mir der letztgenannte die Interpretationsmittel und zeigt mir die Quelle.

Handelt es sich aber somit bei solchen vorgefaßten Urteilen im wesentlichen nur um eine unrichtige Umkehrung, so stellt sich der Vergleich mit dem Begriff des „Findens" als ein entschiedener und schwerer

[33]) Eller, Die rechtliche Stellung des Finders (Erlangen, 1900) S. 15/16. Ähnlich auch Wedell, Die rechtlichen Beziehungen zwischen Verlierer und Finder (Rostock, 1903) S. 15ff., der den Ausdrucksformen des „täglichen Sprachgebrauchs" die anderen gegenüberstellt, welche „für eine Darstellung der durch das Verlieren und Finden entstehenden Rechtsbeziehungen" . . . „brauchbar" sind"! Was soll das heißen? Woher weiß man, daß sie „ohne weiteres nicht brauchbar" sind??

dogmatischer Fehler dar. Es ist zutreffend, daß der Fundbegriff des täglichen Lebens in tausend Farben schillert. Ich finde heute Geld in meinem Portemonnaie, morgen eine Fliege in der Kaffeetasse und übermorgen, daß dies richtig und jenes unrichtig ist, — aber das Gesetz weiß von diesem proteusartigen Begriff nichts: das Gesetz hat es in den §§ 965ff. nur zu tun mit dem Fund verlorener Sachen, es knüpft im § 965 unlöslich den Begriff des „Findens" an die verlorenen Sachen und bringt damit zum Ausdruck, daß es sich um die erschöpfend gar nicht aufzählbaren im täglichen Leben vorkommenden Fund-Arten und -Möglichkeiten nicht im geringsten zu kümmern die Absicht habe. Gerade die Tatsache, daß das B.G.B. den tausendfältigen Fund-Begriff des täglichen Lebens in so einschneidender Weise verengert und ihn (abgesehen von den §§ 978ff.) lediglich auf die verlorenen Sachen konzentriert hat, den Verlust-Begriff aber in keiner Weise einschränkt, ist geeignet, uns Aufschluß über die gesetzgeberischen Absichten zu geben.

So einfach und klar nun auch die Tatsache, daß nach dem B.G.B. in den §§ 965ff. nur von dem Finden wirklich „verlorener" Sachen die Rede ist, einem jeden auf den ersten Blick erscheint, so wird doch gerade die elementarste Konsequenz, daß, bevor ich frage, ob ein Finder vorhanden ist, ob ein Fund vorliegt, bevor ich überhaupt den Gesetzgeber in dieser Richtung bemühe, unbedingt feststehen muß, ob eine „verlorene" Sache gegeben ist, vielfach sehr verkannt. Die Verfasser, die alle den Begriff des Verlierens etwa so definieren[34]) — es „ist erforderlich, daß der Besitz aufgehört hat, und dieses Aufhören muß unabsichtlich erfolgt sein",[35]) — „eine Sache ist juristisch (!) dann verloren, wenn der bisherige Inhaber gegen seinen Willen und ohne zu wissen, wo die Sache sich befindet, die Gewahrsam, d. h. die Fähigkeit eingebüßt hat, selbst oder durch andere physisch auf sie einwirken zu können",[36]) — das Gesetz verlange a) Unabsichtlichkeit des ganzen Vorganges, b) Aufhören des Besitzes, c) das Aufhören des Bewußtseins vom Aufenthalt der Sache,[37]) — fühlen sehr bald, wie

[34]) S. auch oben Anm. 8.

[35]) Mohr, Der Fund verlorener Sachen (Erlangen, 1901) S. 14.

[36]) Eller a. a. O. S. 18.

[37]) Blänkner, Die rechtliche Stellung des Finders verlorener Sachen (Greifswald, 1901) S. 11ff. Über Wedell s. unten Anm. 44. Auch ihm ist

außerordentlich er so hinter den Bedürfnissen des praktischen Lebens zurückbleiben muß, und machen ihm in der Folge die größten Konzessionen, — auf Kosten der wissenschaftlichen und theoretisch-dogmatischen Betrachtungsweise. Und daß es gerade die monographischen Schriftsteller sind, die in der bezeichneten Weise mit dem einzigen wirklich fundamentalen Satz der im übrigen so brüchigen Fundlehre des neuen Rechts in Konflikt geraten, während die anderen Schriftsteller fast durchgehends zutreffend betonen, daß „die Frage, ob eine Sache gefunden werden kann, . . vom Standpunkte des Verlierers, nicht des Finders zu beantworten ist" (Leske S. 423), ist wieder eine sehr charakteristische und markante Tatsache; — denn sie, die Einzelschriftsteller, sind es doch auch hier wieder, die Folgerungen ableiten müssen und dann alsbald mit ihrem tyrannischen Besitz-Verlust-Begriff unbarmherzig ins Dunkle geraten.[38])

In erster Linie ist hier folgender Gedankengang zu betrachten, dem Goldmann und Lilienthal a. a. O. (Anm. 36) eine sehr bemerkenswerte Prägung gegeben haben: „Die §§ 965ff. verlangen, daß die Sache objektiv verloren ist; daß der Finder glaubt, die Sache sei verloren, genügt nicht. Es ist aber möglich, daß eine Sache erst mit dem Augenblick des Findens, gerade dadurch, daß sie ein anderer an sich nimmt, verloren geht, so daß Verlieren und Finden in einen Moment zusammenfallen. Wenn ich z. B. eine Sache an einer bestimmten, mir genau bekannten Stelle im Walde niederlege, so habe ich sie nicht verloren; finde ich sie am nächsten Tage, wo ich sie wieder abholen will, noch vor, so hat mir die tatsächliche Gewalt keinen Augenblick gefehlt. Hat nun aber jemand in der Zwischenzeit die Sache, in dem Glauben, sie sei verloren gegangen, an sich genommen, so habe ich eben dadurch die tatsächliche Gewalt über die Sache verloren, und da der Wille des Finders, der die Sache als eine verlorene ansah, nicht dahin ging, mir den Besitz zu entziehen,

„das wesentlichste Merkmal der Besitzverlust" (S. 18), obwohl weiter unten ganz richtige Bemerkungen stehen, z. B. S. 24, wo er Delbrück den Vorwurf macht, daß er „den Verlust des Besitzes einer Sache" mit dem „Verlieren der Sache" verwechselt.

[38]) Es ist bezeichnend, daß eine von den wenigen größeren Arbeiten, die sich eingehender auslassen, — die Darstellung von Goldmann und Lilienthal S. 288, — sofort in derselben Richtung ableitet (s. den folgenden Text)!

so liegt ein Fund im Sinne der §§ 965ff. vor.“ Ähnlich wird von den Verfassern der Dissertationen argumentiert, die mit dem Versuch, die „vergessenen“ und die „verlegten“ Sachen richtig mit dem gebräuchlichen fundrechtlichen Verlustbegriff in Einklang zu bringen, nicht recht ins Reine kommen. Wie Goldmann und Lilienthal rechnet auch Mohr (a. a. O. 15/16) die „verlegten“ Sachen nicht zu den verlorenen, wohl aber die „vergessenen“. Zwar, meint er, der Besitz bestehe „allerdings an einer vergessenen Sache noch; aber für uns kommt die vergessene wie auch die verlorene (!) Sache erst in Betracht, wenn sie von einem dritten entdeckt und an sich genommen wird. Ist dies geschehen, so ist der Besitz verloren; denn nunmehr stellt sich der Wiederergreifung seitens des letzten Inhabers ein Hindernis entgegen; die vergessene Sache ist nunmehr eine verlorene.“ In ähnlicher Weise — aber wieder anders als die vorigen — rechnet Eller (a. a. O. S. 19/20) weder die verlegten noch die vergessenen Sachen zu den verlorenen, behauptet aber gleichwohl, daß diese Sachen, die noch einen Besitzer haben, gefunden werden können,[39]) und ähnlich wie Eller — nur noch viel ausführlicher, so daß das Unrichtige noch drastischer zu Tage tritt, — führt Blänkner, der gleichfalls verlegte und vergessene Sachen nicht zu den verlorenen rechnet, aus: „Wenn man freilich aus triftigem Grunde eine verlegte Sache für eine verlorene halten mußte und sie in diesem Glauben an sich nahm, so wird die verlegte Sache dadurch zur Fundsache.“ (S. 14.) Und bezüglich der vergessenen Sachen: „Aber man wird doch aus praktischen und Billigkeitsrücksichten die subjektive Auffassung des Finders, daß er eine verlorene Sache vor sich habe, entscheiden (!) lassen und wird der vergessenen, liegen gebliebenen Sache dadurch, daß der Entdecker sie an sich nimmt und der tatsächlichen Verfügungsmacht des Eigentümers entzieht, den Charakter einer Fundsache zugestehen.“[40])

[39]) Obwohl er vorher — auf S. 17 — mit Nachdruck richtig hervorgehoben, daß nur verlorene Sachen findbar seien. — Auch Wedell a. a. O. S. 19ff. rechnet weder die verlegten noch die vergessenen Sachen zu den verlorenen. Er kommt infolgedessen (theoretisch konsequenter) zu seiner Definition. Fuld a. a. O. S. 406 rechnet die „verlegten“ und „stehengelassenen“ Sachen, „die von dem Eigentümer noch nicht als verloren betrachtet werden“, zu den abhanden gekommenen Sachen. Ob er auf sie die Grundsätze des Fundrechts Anwendung finden lassen will, kann ich nicht erkennen, aber ich glaube es nicht. Und das ist richtig.

[40]) Ebenso unrichtig auch Staudinger zu § 965: „Man kann ferner

Es ist nun m. E. nicht sehr schwer, die Unrichtigkeit dieser Konstruktionen zu erkennen. Der Satz, daß die Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche objektiv verloren sein mußte, — es ist hier immer nur von dem allgemeinen Fund, nicht von den §§ 978ff. die Rede, —, um gefunden werden zu können, steht einerseits unverbrüchlich fest und ergibt sich mit völliger Deutlichkeit aus Sinn und Wortlaut seiner Bestimmungen. Ist dem so, dann ist es aber anderseits unmöglich, mit ihm aus „Billigkeitsrücksichten“ und „praktischen“ Gründen zu handeln und zu feilschen. Entfernt sich diese Betrachtungsweise von wissenschaftlicher Deduktion außerordentlich weit, so kann sie einem vielleicht doch noch lieber sein als die in dieser Beziehung ungleich höher stehende, erwähnte von Goldmann und Lilienthal, weil sie in ihrem offenen Draufgängertum wenigstens den eigentlichen Kern ihres Wesen bloß legt. Goldmann und Lilienthal dagegen, und die auf ihrem Boden stehen, suchen rein juristisch zu argumentieren, indem sie die Möglichkeit einer Koïnzidenz der Vorgänge des Verlierens und Findens behaupten. Nun wird es keinem einfallen, die Möglichkeit eines zeitlichen Zusammentreffens dieser beiden Ereignisse in Zweifel zu ziehen, — allein dem Versuch, eine Kausalbeziehung in dem gedachten Sinne zu konstruieren, muß entschieden entgegengetreten werden. Es ist nun einmal nicht anders und kann doch ernstlich kaum bestritten werden: der sog. „Finder“, der in dem Goldmann-Lilienthalschen Beispiel die Sache im Walde, an der nach der Ansicht der Verfasser, (die ich hier nicht weiter anzweifeln will), Besitz noch bestehen soll, an sich nimmt, macht sich, und mag er noch so gutgläubig sein, verbotener Eigenmacht im Sinne des § 858 B.G.B. schuldig. Er erlangt fehlerhaften Besitz, und statt ihn mit Finderlohn zu belohnen, kann sich der Besitzer der verbotenen Eigenmacht mit Gewalt erwehren (§ 859), jedenfalls nach § 861 die Wiedereinräumung von ihm verlangen und kommt so ganz billig wieder in den Besitz seiner keineswegs verlorenen Sache. Es ist

auch Sachen finden, die der Besitzer absichtlich liegen ließ, um sie später abzuholen; diese können aber nicht als verloren im eigentlichen Sinne gelten.“ Hier ist zu sagen: daß man solche Sachen „finden“ kann, ist richtig; — nur kümmert sich das B.G.B. nicht darum; denn das B.G.B. hat es in den §§ 965ff. nur mit dem Fund „verlorener Sachen“ zu tun, und absichtlich liegen gelassene Sachen sind keine verlorenen Sachen, solange sich nicht eine unfreiwillige Entfremdung und Zerstörung der Machtsphäre an sie anschließt, — weder im eigentlichen noch im uneigentlichen Sinn.

hier begrifflich gar kein Unterschied: in dem obigen Sinne könnte ich jeden Besitzstörer Finder nennen, wie ich etwa jeden Dieb, der mir meine Sachen stiehlt, sie verkauft und mir den Erlös abzüglich einer angemessenen Provision aushändigt, „Geschäftsführer" nennen könnte.[41]) Das ist gar nicht möglich: die begrifflichen Schranken des Gesetzes müssen beachtet werden; sonst hat alle Systematik keinen Sinn. Es ist absolut nicht möglich, in einem Atemzug zwei Sätze aufzustellen, wie die: „nur objektiv verlorene Sachen können gefunden werden"; „gewisse Sachen aber können dadurch, daß man sie findet, zu verlorenen Sachen gemacht werden". Diese Nebeneinanderstellung zeigt deutlich, daß hier eine unrichtige Umkehrung vorliegt.

II. Dennoch liegt allen diesen fast verzweifelten konstruktionellen Anstrengungen ein berechtigtes Streben und ein gesunder Kern zu Grunde. Das Fundrecht wird oder sollte beherrscht werden von der Tendenz, dem Verlierenden nach Möglichkeit die seiner wirtschaftlichen Interessensphäre unfreiwillig entfremdeten Vermögensstücke wieder zu verschaffen und so energisch wie möglich diese heimtückischen wirtschaftlichen Zufälligkeiten zu bekämpfen. Diese Tendenzen gelangen dann auch, und mag das Gesetz auch noch so engherzig in der Zumessung, ja, mag es so engherzig und kleinlich sein wie unser Bürgerliches Gesetzbuch, kraft der Notwendigkeit des logischen Zwanges seiner Idee, in der Statuierung des Finderlohns zum Ausdruck. Türmt man heute, wo das Finden überhaupt schon außerordentliche Belästigungen zur Folge hat, indem man es gleichsam ähnlich wie eine einmal übernommene Vormundschaft nach Art eines lästigen Amtes ausgestaltet hat, vor die „Entdecker" noch einen Wall von „begrifflichen" Skrupeln und Zweifeln auf, so handelten sie in der Mehrzahl der Fälle sträflich leichtsinnig gegen ihre eigene Person und ihr Vermögen, wenn sie sich durch Besitzergreifung zu „Findern" zu werden entschließen würden. Denn allemal riskieren sie in solchen Fällen, daß ihnen hinterher von dem grünen Tisch theoretischer Deduktion klar gemacht wird: die Sache war ja gar nicht verloren, sie sah nur so aus; daß sie es nicht war, ist „ein Umstand, den du zu vertreten hast"; jedenfalls bist und bleibst du Besitzstörer. Die nächste Folge wäre

---

[41]) S. hierüber **Brückmann**, Rechte des Geschäftsführers S. 67ff. — Richtig übrigens **Wedell** a. a. O. S. 25.

dann die, daß weit mehr Gegenstände, die wirklich im Augenblick ihrer Entdeckung noch nicht in jenem doktrinären Sinn „verloren“ waren, nun wirklich verloren gehen und so die Tendenzen des Fundrechts in der eklatantesten Weise verletzt würden. Dem wollen die oben bekämpften Argumentationen vorbeugen. Sie wollen den wirtschaftlichen Fund schützen, indem sie ihm ihren theoretischen Fundbegriff opfern.

Das ist, wie dargelegt, nicht angängig. Aber sollte die Unmöglichkeit, mit dem herrschenden Verlustbegriff den wirtschaftlichen Tendenzen des Fundrechts zu entsprechen, nicht einen wichtigen Fingerzeig auch für die wissenschaftliche Begründung geben? Indem die Frage gestellt ist, ist sie auch schon bejaht. In weitestem Umfang bejaht. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus bieten Fälle wie die angeführten keinerlei Schwierigkeiten und sind in der folgenden Weise zu entscheiden: möglich, daß du, Besitzer, der du die Sache im Wald an einer dir bekannten, bestimmten Stelle niederlegtest, um sie dir demnächst wieder zu holen, sie nicht als verloren betrachtetest. Aber daß sie es dennoch war, zeigen dir die tatsächlichen Verhältnisse, zeigt dir insbesondere die Tatsache, daß der jetzige Wiederbringer sie an sich nahm. Genau so wie er sie nahm und sie dir brachte, konnte ein anderer sie nehmen und sie verkaufen; in dem Augenblick, wo du sie also dort niederlegtest, daß sie allen möglichen dir unbekannten Dritten zugänglich wurde, war sie für dich verloren. Zwar hast du sie freiwillig dort hingelegt; aber die Folgen hast du nicht in Betracht gezogen, die Folgen, die in einer völligen äußerlichen Besitzentfremdung bestanden; somit war sie dir in der Tat unfreiwillig abhanden gekommen (denn hättest du die Folgen überdacht und die Sache gleichwohl dort niedergelegt, so könnte nur Dereliktion angenommen werden), unfreiwillig etwa in dem Sinne der Erfolgstatbestände, die unser Strafgesetzbuch noch in Erinnerung an eine frühere Kultur an zahlreichen Stellen aufweist; freiwillig war das Niederlegen, aber unfreiwillig der Verlust, resultierend aus den Folgeerscheinungen der freiwilligen Handlung; du glaubtest sie noch zu besitzen; aber du hattest sie in Wahrheit verloren; denn sie sah derelinquiert aus. So mußtetest du auch, wenn du dir zu Hause die Angelegenheit ruhig überlegtest, selber die Chancen der Wiedererlangung bewerten. Du konntest nur sagen: ich habe die Sache dort im Wald niedergelegt;

als ein meinen Zwecken dienendes Vermögensstück kann ich sie deshalb nicht mehr betrachten; es ist möglich, daß ich sie wieder finde; aber es ist ebenso leicht möglich, daß dies nicht der Fall ist. Und der letzte Schluß dieser Erwägungen wäre dann notwendigerweise: als sicher dem Kreis der mir dienenden wirtschaftlichen Faktoren zugehörig kann ich die Sache nicht mehr betrachten. Die völlig mangelnde Gewißheit aber zwingt mich dann, sie auf dem Verlustkonto zu buchen.

III. Ganz anders dagegen liegen Fälle wie der folgende, dem ich schon deshalb einige Aufmerksamkeit zuwenden möchte, weil er aus der neueren Gerichtspraxis stammt, die für unser Problem bislang sich äußerst unergiebig gezeigt hat. Es handelt sich um einen vom Oberlandesgericht Hamburg entschiedenen, oben Anm. 8 erwähnten Streitfall.[42]) Als Kläger trat gegenüber der Kommune Hamburg ein sechzehnjähriger Knabe auf, der seinen Anspruch auf Herausgabe einer Geldsumme von fast 200 ℳ. in erster Linie auf den § 974 B.G.B. (Eigentumserwerb durch Zeitablauf), eventuell auch noch auf Okkupation herrenloser Gegenstände oder auch auf Bereicherung gründete. Die Summe, die er mit der Klage verlangte, war vor mehr als Jahresfrist von einem Unbekannten in den Anlagen von Hamburg am Stadtgraben etwa eine Hand breit tief im Erdboden vergraben worden. Der Junge hatte das beobachtet, nach der Entfernung des Mannes nachgeforscht, das Geld entdeckt und der Polizeiwache abgeliefert. Ein Eigentümer hat sich nicht gemeldet. Vom Landgericht wie vom Oberlandesgericht ist aber die Klage abgewiesen worden. Nachdem das Gericht mit guten Gründen den Gesichtspunkt der Okkupation und der Dereliktion verneint hat, wendet es sich den eigentlichen fundrechtlichen Fragen zu und führt im Urteil folgendes aus:

Es müßten zwar unter „verlorenen“ Sachen auch die „abhanden gekommenen“ begriffen werden, allein aus beiden Begriffen müsse mit Dernburg (s. oben Anm. 8) gefolgert werden, „daß das gesetzliche Merkmal des Fundes nur erfüllt ist, wenn für den bisherigen Inhaber der Gewahrsam aufgehört hat und ihm über den Verbleib der Sache eine bestimmte oder sichere Wissenschaft fehlt. Allerdings kann ein solcher Zustand in dem von Plancks Kommentar vorgesehenen Fall

[42]) Soviel ich bemerken kann, ist es bisher die erste und einzige veröffentlichte Entscheidung, die sich mit dem Begriff der verlorenen Sache beschäftigt.

vorliegen, wenn jemand eine Sache absichtlich weggeworfen und dem beliebigen Zugriff anderer preisgegeben hat, weil einem derartigen Vorgang die Bedeutung innewohnt, daß der Handelnde damit rechnet, die Sache werde oder könne jeden Augenblick in den Gewahrsam eines Andern gelangen. Auch dann läßt sich wohl von einer verlorenen Sache reden. Anders liegt aber der Fall hier, und, wie dort unterstellt ist, handelt derjenige nicht, der das Geld offenbar zu verbergen beabsichtigte und verborgen zu haben glaubte." Sehe ich von der Unrichtigkeit ab, daß die alleinigen Merkmale des Fundes in den beiden negativen Momenten des fehlenden Gewahrsams und der fehlenden Wissenschaft von dem Verbleib der Sache erblickt werden, die doch, wie ich behaupte, nur Accidentalia des Begriffes der „verlorenen" Sache bilden, so muß man zugestehen, daß der Tatbestand durchaus richtig und wirtschaftlich gewürdigt worden ist.[43]) Wer Sachen an verborgener und ungewöhnlicher Stelle vergräbt, braucht sie nicht schon deshalb à fonds perdu zu schreiben, sofern im übrigen regelmäßige Umstände walten, er kann sie noch als seiner Machtsphäre unterworfen betrachten, — Zufälligkeiten und Verkettung von ungewöhnlichen Ereignissen bleiben bei derartigen Berechnungen immer außer Ansatz. Und gerade wirft auch hier wieder der Tatbestand ein drastisches, wirtschaftliches Schlaglicht auf die theoretische Deduktion:[44]) nur der heimliche Beobachter, der den Verbergenden das Geld vergraben sah, konnte es auch so leicht und mühelos „finden", nur ein treuloses und unehrenhaftes Benehmen deckte ohne Mühe die Stelle auf, — nie kann hier von einem Verlust, nie von einem Finder gesprochen werden, der angebliche „Finder" ist ein dreister Besitzstörer.

Gleichwohl halte ich das Urteil für falsch; es zeigt recht deutlich, wie sehr in dieser Lehre geirrt, wie überall unser Begriff verkannt wird und Anlaß zu tiefgreifenden Mißverständnissen gibt. Den Fehler der Entscheidung erblicke ich in dem großen Widerspruche, daß das Gericht einmal zutreffend ausführt, daß es sich gar nicht um eine verlorene Sache handelt, dann aber trotzdem stillschweigend die sämtlichen einschlägigen Bestimmungen des Fundrechts zu Grunde legt. Wie wäre so etwas möglich, wenn man sich des Kardinalsatzes bewußt wäre, daß nach dem B.G.B.

[43]) Ganz analog meinen Ausführungen in diesem § unter II a. E.

[44]) Eine Art nachträglicher Prognose!

§§ 965ff. nur verlorene Sachen gefunden werden können, und, wo das nicht nötig, — nämlich in den §§ 978ff.: „Wer eine Sache in den Geschäftsräumen" . . . von Behörden ꝛc. findet, — es im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben wird! Wie aber verfährt das O.L.G. Hamburg? Es übersieht vollkommen, daß auch die an dem Eingang des ganzen Kapitels stehenden Bestimmungen, die von den Rechten und Pflichten des Finders gegenüber der Polizeibehörde handeln, davon ausgehen, daß der „Finder" eine „verlorene Sache" abgeliefert habe. Nun aber liegt hier der Fall so, daß gar keine Sache „verloren" war, unmöglich also auch im Sinne des § 965 gefunden sein konnte. Der als Kläger auftretende Knabe hat augenscheinlich im Sinne des § 858 verbotene Eigenmacht verübt und nur einen fehlerhaften Besitz erlangt. An sich fehlerhaft war infolgedessen auch der Besitz der Polizeibehörde, ob sie nun für die Gemeinde des Fundorts, den Verlierer oder den Einlieferer besaß, und ist der der Gemeinde selber, die als Nachfolgerin in den vitiösen Besitz die Fehlerhaftigkeit des Besitzes ihres Rechtsvorgängers gegen sich gelten lassen muß, da sie sie bei dem Erwerbe wahrscheinlich doch gekannt hat; denn die tatsächlichen Umstände hatte der Kläger der Behörde mitgeteilt, und das dürfte genügen. — Daraus ergibt sich, daß insoweit der Kläger weder berechtigt war, das nicht verlorene Geld als „Finder" an sich, noch die den Besitz der Gemeinde des Fundorts schließlich vermittelnde Behörde befugt war, es in Verwahrung zu nehmen. — Für die abschließende rechtliche Beurteilung des erhobenen Klageanspruchs eröffnen sich dann aber noch folgende Gesichtspunkte: wenn auch der Besitzstörer sich vielleicht als rechtmäßigen Finder betrachten zu können glaubte und der Ansicht war, in der Ablieferung des Geldes nur seinen gesetzlichen Pflichten nachzukommen, so war doch möglicherweise der Zweck seiner Leistung an die Polizeibehörde derartig, daß die Empfängerin durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot — das Verbot der unfreiwilligen Besitzstörung — verstieß, so daß sie an sich zur Herausgabe verpflichtet wäre (§ 817 Satz 1). Nun aber ist die Rückforderung ausgeschlossen, weil dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt und zwischen zwei Rechtsbrechern die Position des Besitzenden die bessere ist (§ 817 Satz 2), zur Zeit aber die Behörde nicht mehr für den klagenden „Finder", sondern die Gemeinde des Fundorts besitzt: hierbei ist aber noch zu beachten, daß an und für sich in der Veränderung des Besitzverhältnisses durch die Polizeibehörde vielleicht

ein zweiter Rechtsbruch gegenüber dem Deponenten zu erblicken ist; denn sie durfte ihn nicht aus dem mittelbaren Besitzverhältnisse entfernen und das Geld weder für die Gemeinde selbst unmittelbar besitzen noch es ihr zum unmittelbaren Besitz ausliefern (dies aber nur nebenbei). Dann also war die Klage abzuweisen. — Oder aber es konnte möglich sein, daß der Kläger mit der Ergreifung des Geldes ein Geschäft im Interesse des Unbekannten führen wollte und daß er zu diesem Zwecke sich am besten der dem echten Finder bereit gestellten gesetzlichen Mittel und Wege bedienen zu können glaubte. Dann wollte er dem Unbekannten seinen Besitz nicht entziehen, sondern ihn geradezu erhalten. Dann war die Behörde ganz im Unrecht, als sie den Verwahrungsbesitz aufgab, und dann hat die Gemeinde des Fundorts keinerlei Recht, ihm die anvertrauten Gegenstände vorzuenthalten. — Oder aber es wollte der „Finder" eigennützig handeln, nur für sich „finden", kein Geschäft für einen Fremden führen, sein eigenes Geschäft besorgen (§ 687² B.G.B.), also einen Rechtsbruch begehen, — dann konnte die Polizeibehörde als Geschäftsführer für den Unbekannten auftreten, indem sie die Sachen durch Verwahrung gerade vor dem Unrechttäter und damit vor Verlust schützte. In diesem Fall hat der Einlieferer des Geldes gewiß keinen Rückforderungsanspruch. — Schließlich aber — und das hätte das Gericht vielleicht in erster Linie erwägen müssen — liegt die Möglichkeit vor, daß die Polizeibehörde sich dadurch, daß sie nicht verlorene Sachen in Gewahrsam nahm, gegenüber dem Deponenten des Rechtes begab, irgendwelche Einwendungen aus seinem Besitzerwerbe herzuleiten; es liegt dann ein rein privates Depositum vor, das nicht deshalb gegen die guten Sitten ist, weil der Besitz der Depositalsachen möglicherweise durch verbotene Eigenmacht erlangt war. Ursprünglich aber das Geld auf der Basis der fundrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes in Verwahrung zu nehmen, damit stillschweigend zu versprechen, es, wenn die bezüglichen Bedingungen eintreten würden, wieder herauszugeben, und schließlich, nachdem sie sich erfüllt, mit Einwendungen hervorzutreten, die sich auf die Eigenschaft des Depositalgeldes beziehen, aber jahrelang früher hätten geltend gemacht werden können, — das ist ein Verhalten, dem die Rechtsordnung nicht Rechnung tragen kann, — wenn auch vielleicht eine Anfechtung wegen Irrtums über die Eigenschaft der Depositalsachen hätte erfolgen können.

Alles dies ist in dem Gerichtsurteil mit keinem Worte berührt; auch meine Aufgabe ist es im Grunde nicht, die gesamten Möglichkeiten erschöpfend aufzuzählen und zu erörtern, die der Fall enthält; denn den Begriff der verlorenen Sache berühren sie nicht. Aber sie ganz beiseite lassen zu dürfen, hielt ich mich doch nicht für berechtigt. Denn die Entscheidung zeigt einmal, wie außerordentlich gering der einzige fundrechtliche Fundamentalsatz geachtet wird: nur verlorene Sachen können gefunden werden, und nur auf die gefundenen verlorenen Sachen sind die Bestimmungen der §§ 965—977 anwendbar. Anderseits ist der Fall ein typischer Fall; er kann täglich sich wiederholen und legt dann folgende praktische Fragen bloß: welche rechtlichen Möglichkeiten ergeben sich, wenn die Polizeibehörde — a) in Kenntnis — b) in Unkenntnis — des wahren Charakters von ihr zur Verwahrung als Fundsachen angebotenen, aber nicht verlorenen Sachen solche zur Verwahrung annimmt? Soll sie die Übernahme ablehnen? Darf sie die Sachen annehmen? Tritt sie damit als Geschäftsführer für den Besitzer der Sachen auf? Ist diese Geschäftsführung gültig und kann sie auf Entlastung hoffen? Oder ist ihr die Ablehnung anzuraten? Darf sie ablehnen? Darf sie eventuell anfechten? — Ergibt die Stellung der Polizeibehörde zu der von ihr vertretenen Gemeinde des Fundortes noch Besonderheiten? Wenn nur der Behörde, nicht aber der Gemeinde der Sachverhalt bekannt ist? Wenn die Behörde noch den unmittelbaren Besitz hat? — Oder wenn sie ihn schon an die Gemeinde abgegeben hat? — Womit jedoch, wie ich ohne weiteres zugebe, keineswegs alle Eventualitäten erschöpft sind.[45])

---

[45]) Der springende Punkt bei allen diesen Fragen ist der, daß absolut nicht an eine Anwendung der fundrechtlichen Vorschriften gedacht werden darf, wenn — sei es auch noch so schuldlos — nicht verlorene Sachen in Verwahrung gegeben und genommen worden sind. So handeln auch alle bundesstaatlichen Verordnungen, die in Ausführung der gesetzlichen Bestimmungen erlassen worden sind, immer nur von wirklich verlorenen Sachen. Manche, z. B. die Ausführungsgesetze von Sachsen-Weimar (§§ 92 ff.), Schaumburg-Lippe (§§ 17 ff.), Schwarzburg-Rudolstadt (Art. 59 ff.), Schwarzburg-Sondershausen (Art. 34) knüpfen direkt an den Wortlaut des § 965 an; aber auch aus den Verordnungen der anderen Staaten geht es dem Zusammenhang nach hervor, daß, wenn auch nur von „gefundenen" Sachen gesprochen wird, die verlorenen des B.G.B. gemeint sind. Vgl. für Preußen Dienst-

So ist es also erforderlich, sich fortgesetzt immer vor Augen zu halten die Frage: *ist die Sache eine verlorene?* ist die verlorene Sache gefunden worden? Wir haben gesehen, daß eine wirklich wirtschaftliche Erwägung durchaus zu brauchbaren Ergebnissen führt, und daß man auf diese Ergebnisse gleichsam sofort zumeist immer die Probe aus dem jeweiligen Fundfall heraus machen kann; denn die zur Ent-

anweisung vom 27. Oktober 1899, Just.-Min.-Blatt 1899 S. 383 §§ 1, 2, 8. Und wohl keine einzige Verordnung hat die privatrechtlichen Beziehungen vorgesehen, die entstehen, wenn bei der Polizei zwar „gefundene", aber nicht verlorene Sachen abgegeben werden. — Natürlich entstehen ähnliche Zweifel, wenn nicht „gefundene", sondern vielleicht gestohlene oder anderswie erlangte Sachen als gefundene und verlorene abgeliefert und angenommen werden. Oder auch z. B. im Falle eines Schatzfundes (§ 984), wenn die Sache zunächst als verlorene in polizeiliche Gewahrsam genommen wird, nachträglich sich aber ihre Schatzqualität herausstellt. — Hier ist überall *ein vom Gesetz den privaten Dispositionen freigelassenes Gebiet*, und die Polizeibehörde tritt, wenn sie will, nur als eine durch ihre öffentlich-rechtliche, zentrale Stellung und Machtmittel *tatsächlich* bevorzugte und zur Verwirklichung der fundrechtlichen Tendenzen in hervorragendem Maße geeignete Fürsorgerin zu allgemeinem Nutzen auf. Hier steht es ihr überall frei, die Grenzen, innerhalb deren sie zu Gunsten des Publikums wirksam werden will, durch Verordnungen zu ziehen und in diesen Verordnungen die fundrechtlichen Gesichtspunkte des *Gesetzes* für jene nicht geregelten Fälle fruchtbar und nützlich auszubauen. Hierzu sind freudig zu begrüßende Anfänge in Berlin bereits vorhanden. Wie die mir in entgegenkommender und dankenswerter Weise zur Einsicht zur Verfügung gestellten Generalakten des hiesigen Königlichen Polizeipräsidiums ergeben, ging man zwar auch hier gemäß den Bestimmungen der „Dienstanweisung" davon aus, die Frage, ob eine Sache in polizeilichen Gewahrsam zu nehmen sei, vorzugsweise nach den Gesichtspunkten der Sicherung gegen Unterschlagung u. dgl. zu entscheiden. Und das oben erwähnte, privatrechtlich vom B.G.B. offen gelassene Gebiet wird durch allgemeine Anordnungen noch nicht berührt. Allein, die Notwendigkeit tritt immer gebieterischer hervor. Und gelegentlich der unten — Anm. 50 — behandelten Fälle ist bereits der vorzügliche und fruchtbare Gesichtspunkt betont worden, daß *es nicht Sache der Polizeibehörde ist, zu entscheiden, ob die betr. Gegenstände Fundsachen im Sinne des Gesetzes, daß sie aber einstweilen als Fundsachen zu behandeln seien.* Hier ist der Anknüpfungspunkt für eine sachgemäße Regelung, wie sie dem wirklichen Leben entspricht, denn darin liegt ja der eigentliche Kernpunkt: daß in den seltensten Fällen gleichzeitig mit dem Fund klar zutage treten kann, ob die Sache auch „verloren" ist. Das hätte das Gesetz beachten sollen; daß es dies übersah, ist ein schwerer Fehler; aber die Verwaltungstätigkeit hat hier freies Feld.

deckung führenden Umstände enthüllen uns immer eine sehr charakteristische Seite; sie zeigen uns, in welchem Grade Zufälligkeiten, außergewöhnliche Verhältnisse, singuläre Begebenheiten eine Rolle spielten. Das Verhalten des Finders, das zur Entdeckung führt, ist ein vorzüglicher Gradmesser, ein ausgezeichnetes Hilfsmittel für die Erkenntnis der begrifflichen Frage, — und kein Richter sollte sich diese Art einer nachträglichen Prognose bei der Beurteilung der Sachlage entgehen lassen!

IV. Schließlich möchte ich nicht unterlassen, noch auf ein gewichtiges Indizium hinzuweisen, das gegen die innere Wahrheit der hier bekämpften herrschenden Ansicht mit Feuerzungen spricht: kein einziger von denjenigen Schriftstellern, die sich eingehender, will sagen detaillierender, mit unserer Lehre befassen mußten, hat sich der Planck-Biermann-Schäferschen Anschauung angeschlossen, die den Verlustbegriff nach beiden Seiten mit dem „Besitz" verkettet, die, um die Fassung des konsequentesten Vertreters (Biermann) zu wählen, nicht nur fordert, daß „der bisherige Besitzer die tatsächliche Herrschaft über sie (die Sache) ohne seinen Willen ... eingebüßt hat", sondern auch, daß kein „Anderer zugleich diese tatsächliche Herrschaft erwarb".[46]) Sie alle haben stillschweigend, aber — wie immer wieder hervorgehoben werden muß: ohne sich im geringsten des Unterschiedes bewußt zu werden, — die zweite Bedingung, daß auch kein anderer Besitz erlangt haben darf, über Bord geworfen.[47]) Natürlich: denn sobald Konsequenzen gezogen werden müssen, gerät man mit dieser extremsten Ansicht auf jedem Schrittchen Wegs mit den natürlichen Verhältnissen in schwere Konflikte. Daß es, um ihnen gerecht zu werden, auch notwendig ist, von der anderen Besitzbedingung abzusehen, glaube ich bewiesen zu haben.

V. Bedurfte es noch eines äußeren Beweises, so war der einfache praktische Fall, an den die beiden eingangs erwähnten Aufsätze an-

[46]) Oben Anm. 7, auch Anm. 8. S. jedoch Wedell a. a. O., wo ich eben auf S. 21/2 auf die Planckſche Definition stoße. Allein er bildet gar keine Beispiele, die ihn in Verlegenheit bringen könnten.

[47]) Staudingers Kommentar übrigens — siehe oben Anm. 38 — hält für nicht notwendig „einen definitiven Besitzverlust in dem Sinne, daß ein Wiederfinden überhaupt nicht mehr in Aussicht steht". Diese Ausdrucksweise läßt aber im Unklaren, was eigentlich gemeint ist. Es scheinen hier zwei Elemente (das juristische Besitz- und das rein tatsächlich-wirtschaftliche Element) durcheinander geworfen zu sein.

knüpften, dazu angetan, die Unzulänglichkeit der herrschenden Lehre uns zum Bewußtsein zu bringen. Das Unbefriedigende, das jeder unbefangene Leser der Erörterungen von der Lektüre mit fortnimmt, muß zu denken geben. Und in der Tat scheinen sie sich als segensreich zu bewähren. Denn die Polemik gegen sie will nicht zur Ruhe kommen, und in einem weiteren an sie anknüpfenden, zwar immer noch auf dem Boden der herrschenden Ansicht stehenden Aufsatz von Francke[48]) liest man doch schon aus dem Rechtsgefühl heraus geborene, wenn auch noch unfundierte Sätze wie die folgenden:[49]) Schäfer nenne den Verlust einer Sache in einer Räumlichkeit, auch einer fremden, z. B. einem Gasthof, eine vorübergehende Verhinderung im Sinne des § 856 Abs. 2 B.G.B. „Ich meine, es gibt Tausende, die Gegenteiliges erfuhren. Außerdem, wenn jede abhanden gekommene und wiedergebrachte Sache nie aus dem Besitz desjenigen, dem sie abhanden kam, gewesen ist, so war sie also nie verloren und nie gefunden, und das Fundrecht hätte demnach nur theoretischen Wert.

Auch wird unvoreingenommenem Verstande schwerlich einleuchten, daß z. B. eine bei dem Gesellschaftsfest eines Villenbewohners durch Zufall von der Kleidung eines Gastes abhanden gekommene Busennadel dann verloren war, wenn sie in dem — vielleicht kleinen — Garten aufgefunden wird, und dann nicht, wenn dies in dem — vielleicht recht weitläufigen — Hause oder Schlosse erfolgte; ebensowenig, daß das eine oder das andere gelten soll, je nachdem eine Busennadel oder dergleichen diesseits oder jenseits einer Haustür vom Anzuge ihres Besitzers sich trennte."

S. 312: „Man wird hiernach noch bei dem alten Satze bleiben dürfen, daß wir etwas verlieren oder nicht verlieren, je nachdem es durch Zufall aus unserem Machtbereiche oder nicht aus unserem Machtbereiche uns abhanden kam."[50])

---

[48]) „Annalen des Deutschen Reichs", 1903, S. 310ff.: „Über Fundrecht".

[49]) Auch eine — freilich nicht unzweideutige — Anmerkung in Schneiders erwähntem Buch — S. 185 Anm. 264 — läßt darauf schließen, daß der Verfasser einen Fund durch die Ladnerin an Sachen, die Käufer im Laden haben liegen lassen, für möglich hält. Allerdings kann in dem von ihm berührten Fall von einer verlorenen Sache keine Rede sein.

[50]) Eine äußerst willkommene Bestätigung der von mir an dieser Stelle vertretenen Auffassung bietet mir die Praxis des hiesigen Kgl. Polizeipräsidiums

Nach alledem glaube ich, daß aus dem Besitzbegriff für den Verlustbegriff nichts gewonnen werden kann. Dann aber muß er auf sich gestellt und von ihm losgelöst betrachtet werden. Als Interpretationsquelle fließt auf diesem Wege die im täglichen Leben waltende Auffassung, zu der der Sprachgebrauch ein wichtiger Wegweiser ist. Die herrschende Auffassung aber, die zwischen ihm und dem Begriff des Gesetzes die Besitzschranke errichtet hat, führt seitab in unentwirrbares Dickicht; ich glaube, daß sie selbst für eine „verlorene Sache" kämpft.

(s. oben Anm. 45): an diesem Punkte zeigt es sich klar, daß diese Stelle, die mit dem wirklich lebendigen Fundrecht in unmittelbarste Berührung kommt, mit dem herrschenden rein theoretischen und doktrinären Verlustbegriff nicht auskommen kann. Dies zeigt sich einmal bei der Behandlung der in Droschken liegen gelassenen Gegenstände. Auf Grund von zwei älteren, aber auch veralteten Gerichtsentscheidungen behandelte man diese Sachen bisher nicht als echte Fundsachen. Das B.G.B. bot willkommenen Anlaß, mit dieser unnatürlichen Auffassung zu brechen und — nach Beseitigung einiger Bedenken — auch diese Sachen den Fundsachen einzureihen. Mutig zog man dann aber auch zweitens alle Konsequenzen und entschied: auch auf alle übrigen in geschlossenen Räumen zurückgelassenen Sachen, z. B. auf Privatgrundstücken, in Häusern, Wohnungen, Geschäfts- und Schanklokalen usw. (die bisherigen „Verwahrungssachen") sind die §§ 965 ff. B.G.B. anzuwenden. Hierbei wurde der oben Anm. 45 erwähnte Gesichtspunkt betont. Sollte dies nicht als ein gewichtiges Indizium für die Richtigkeit meiner Ansicht ins Gewicht fallen?

11.

Abstimmung und Ausschlag.

Von Dr. A. Tecklenburg, Gerichts-Assessor in Wiesbaden.

---

§ 1.

Einleitung.[1]

Langheineken[2]) bemerkt in Bezug auf die Abstimmung im Verein (§ 33 I S. 1 u. § 41 S. 2 B.G.B.): „‚Dreiviertel-Mehrheit' der Erschienenen bedeutet, genau genommen, keine bestimmte Zahl, sondern heißt ‚mindestens Dreiviertel', also ‚entweder gerade Dreiviertel oder mehr als Dreiviertel' der Erschienenen."

Wie ist aber die sogenannte einfache (absolute) Stimmenmehrheit oder die „Stimmenmehrheit" schlechthin zu erläutern? Zwar ist hier nicht irgend eine „bestimmte Zahl" in dem Sinne, wie Langheineken den Ausdruck gebraucht, in der Bezeichnung enthalten, trotzdem werden wir über die Zahl, die wir zu ergänzen haben, nicht im Zweifel sein; es ist $^1/_2$. Indes fassen wir den § 32 I S. 3 B.G.B. ins Auge:

---

[1]) Literatur: Zacke, Über Beschlußfassung in Versammlungen und Kollegien, insbesondere in Richterkollegien, 1867. Im übrigen wird das Thema bloß im Anschluß an besondere Anwendungsfälle erörtert: zu § 27, 32 B.G.B. Hölder, Komm. 1900; zu § 251 H.G.B. Staub, Komm. 6/7. Aufl. 1900, Makower, Komm. 12. Aufl. 1898, zu § 198 G.V.G. u. 262, 304 St.P.O. v. Kries, Lehrbuch 1892 S. 446 ff., Löwe-Hellweg, Komm. 9. Aufl. 1898, Stenglein 2. Aufl. 1899, Dochow in Holtzendorffs Rechtslexikon, Art. „Abstimmung", Glaser in Bindings Handbuch Bd. 2 1885 S. 267 ff.; — v. Bar, Abstimmung in Richterkollegien, Krit. Viert.-Jahrs-Schrift Bd. 10 S. 467 ff.; De Fontenay, ders. Titel 1847 — zu § 322, 323 R.M.Str.G.O. v. Koppmann, Komm. 1901; — zu Art. 8, 28 R.V. Seydel, Komm. 2. Aufl. 1897; Laband, Lehrbuch Bd. 1 S. 224 ff. S. 271 ff., Meyer, Lehrbuch 4. Aufl. 1895 S. 382 ff. 402 ff., v. Mohl, Reichsstaatsrecht 1873 S. 232 ff., 338 ff., Perels, Das autonome Reichstagsrecht 1903.

[2]) Mathematische Bemerkungen zum B.G.B. I 1901 S. 7.

„Bei der Beschlußfassung entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder," so sind wir hier keineswegs gewohnt, nun auch bei Erreichung der „bestimmten Zahl", also wenn z. B. bei 20 Mitgliedern 10 mit Ja! und 10 mit Nein! stimmen, die Entscheidung als eingetreten anzusehen; man betrachtet die Abstimmung als unentschieden, der Antrag, über den abgestimmt wurde, ist nicht durchgedrungen, dazu hätte es mindestens 11 Stimmen bedurft. So tritt also hier noch nicht die Entscheidung ein, wenn gerade die „bestimmte Zahl" ($^1/_2$) erreicht ist, sondern erst wenn für eine Alternative mehr als die Hälfte der Erschienenen ihre Stimmen abgegeben haben.

Wir fragen nach dem Grunde. Welche Gleichheit, welche Verschiedenheit herrscht in dem inneren Aufbau der einfachen absoluten Stimmenmehrheit und jeder höheren, z. B. der Dreiviertel-Mehrheit? Denn man wird nicht zweifeln, daß wir mit dieser die Zweidrittel-Mehrheit und alle anderen in über $^1/_2$ betragenden Quoten bestimmten Mehrheiten zur Seite stellen können; ja, es wird sich zeigen, daß auf die Seite der höheren Majoritäten auch die sogenannten Minoritäten treten und mit ihnen gemeinsam in Gegensatz zur einfachen Stimmenmehrheit zu stellen sind.

§ 2.

Der tote Punkt jeder Abstimmungsart oder die Entscheidungsgrenze.

I. Jede Abstimmung setzt einen Gegenstand voraus, über den abgestimmt wird. Auf diesen Gegenstand wirken — so können wir uns denken — zwei Kräfte in verschiedenen Richtungen ein. Diese Kräfte sind die bejahend und die verneinend abgegebenen Stimmen, das sind die Willenskundgebungen der an der Bestimmung über den Gegenstand der Abstimmung Beteiligten. Die Stimmen können

a) jede das gleiche Gewicht haben; so z. B. bei der Reichstagswahl, im Verein (§ 32 I S. 3 B.G.B.), im Zweifel bei der Gesellschaft (§ 709 II B.G.B.) oder

b) verschiedenes; z. B. bei den Abstimmungen im Konkurse nach Forderungsbeträgen (§ 94 K.-O.), der Aktionäre nach Zahl, Höhe und Rang ihrer Aktien.[3])

[3]) Hierher gehört auch die Wahl zum Preuß. Abgeordnetenhaus: nach dem § 5 des Wahlreglements vom 18. September 1893 und Art. 71 VI der Pr.

Es kann aber auch

c) für die Richtung, in welcher die Kraft wirkt, die Bahn frei oder schwierig gemacht sein, ohne Bild gesprochen, die Abstimmung nach ihrem Inhalt besonders begünstigt oder erschwert sein; so z. B. ist bei Statuten- oder Zweckänderungen (§ 33 I S. 1 B.G.B., § 275 H.G.B.) den Neuernden der Weg erschwert.

Nur scheinbar wirkt hier die Stimme jedes Beteiligten in der Kraft, die ihr nach a) oder b) zukommt. Nur die nach außen hervortretende Folge, nicht das Wesen ist gekennzeichnet, wenn man bloß von dem Erfordernis einer erhöhten Stimmenzahl für Statutenänderungen, einer geminderten für die Minoritätsrechte der Aktionäre spricht. Das wesentliche ist vielmehr hier ganz entsprechend wie im Falle b), daß die Stimmstärke, das Stimmgewicht, geändert ist. So steht bei Statutenänderungen des Vereins die Stimmstärke jedes Neuerers zu der eines Nichtneuernden im Verhältnisse von $^1/_4 : ^3/_4$ oder 1 : 3; also wenn wir die Stimmstärke des Neuerers als Einheit nehmen, so hat jeder Nichtneuernde als Stimmstärke 3 Einheiten.

II. Wir sehen somit, wie im Falle b), so ist es im Falle c) nicht eigentlich ein verschiedener Betrag der Zahl der Stimmenden, die gefordert wird, sondern allein eine verschiedene Bestimmung der durch jeden Stimmenden repräsentierten Stimmstärke. Mit Fall b) und c) verglichen hat Fall a) nur die Besonderheit, daß hier die Stimmstärke jedes Beteiligten die gleiche ist. Daher können wir im Falle a) Summe der Stimmstärken und Zahl der Abstimmenden gegenseitig substituieren.

Hieraus entnehmen wir für alle drei Fälle die gemeinsame Regel:

Für das Resultat der Abstimmung sind die nach den verschiedenen Richtungen wirkenden Summen der Stimmstärken allein maßgebend.

Verf.U. handelt es sich um eine Stimmgewichtsverteilung nach der Steuerkraft. Die Wahl der Abgeordneten wäre unter Durchführung aller in der Verfassung und dem Wahlreglement niedergelegten materiellen Bestimmungen direkt möglich. Die Zwischenschiebung der Wahlmänner ist rein überflüssig, abgesehen freilich von den durch sie herbeigeführten Ungenauigkeiten, nämlich 1) daß ein Wahlmann anders stimmt, als von seinen Urwählern erwartet wurde, 2) daß bei der Wahl der Wahlmänner möglicherweise engere Wahl eintreten, ja das Los entscheiden muß (§ 17 des Wahlreglements).

Wenn es, wie gezeigt, auf die Zahl der Abstimmenden an sich nicht ankommt, sondern allein auf die Stimmstärke, so muß es bei jeder Stimmenmehrheit — sei es die sogen. einfache (absolute) Stimmenmehrheit schlechthin, die Zweidrittel-, Dreiviertel- oder jede andere nach einer Quote von über $^1/_2$ bestimmte Mehrheit — möglich sein, daß die Summe der Stimmstärken auf der einen Seite gleich der der Stimmstärken der anderen Seite ist.

Welche der beiden Stimmstärkensummen ist hier ausschlaggebend?

In den Stimmstärken haben wir keinen Anhaltspunkt, die Zahl der Abstimmenden haben wir als grundsätzlich irrelevant dargetan. Hier stehen wir vor dem toten Punkte der Abstimmungsarten oder auf der an sich neutralen Entscheidungsgrenze. Nicht nur bei der sogen. einfachen absoluten Mehrheit fehlt es an einem Kriterium, das nach der einen oder anderen Seite den Ausschlag gibt, ganz ebenso fehlt dieses an und für sich bei der Dreiviertel- und jeder anderen Majorität. Und das gleiche gilt umgekehrt; hätten wir bei der sog. einfachen absoluten Stimmenmehrheit, der Dreiviertelmehrheit oder jeder beliebigen anderen ein Übergewicht an Stimmstärke, so wäre jeder Zweifel unmöglich: die Meinung dieser Seite hat gesiegt!

Das Gesagte gilt entsprechend von den sogen. Minoritätsrechten.

Nur ist bei ihnen in allen in den Gesetzen vorkommenden Fällen — soweit ich sehe — auf folgendes zu achten: Die Minderheit berechnet sich nicht von der Anzahl der Erschienenen an sich, sondern von einer Zahl, die von der Anzahl der Erschienenen höchstens gerade erreicht wird, hinter der aber auch die Anzahl der Erschienenen zurückbleiben kann.

In allen in dieser Abhandlung vorkommenden Beziehungen bewirkt dieser Umstand keinen Unterschied demgegenüber, als ob Anwesenheit der der Minorität gegenüberstehenden Stimmenden gefordert wäre; wir dürfen uns also stets vorstellen, alle der Minorität gegenüberstehenden seien bei der betreffenden Abstimmung vertreten gewesen und hätten ihre Stimmen gültig abgegeben; z. B. in der Generalversammlung, in der Minoritätsrechte von Aktionären geltend gemacht wurden, sei das gesamte Grundkapital vertreten gewesen, im Fall des § 78 R.V. seien sämtliche 58 Stimmen abgegeben worden.

§ 3.

Überwindung des toten Punktes oder der Ausschlag. Vermeidung des toten Punktes.

a) Für die in bestimmten Quoten über $^1/_2$ ausgedrückten Stimmenmehrheiten oder die in bestimmten Quoten unter $^1/_2$ ausgedrückten Stimmenminderheiten finden sich im geltenden Rechte folgende Behandlungen:

1. In vielen Fällen lassen die Gesetze bei Gleichheit der Summen der Stimmstärken diejenige Seite maßgebend sein, auf welcher im Falle a) des § 2 die meisten Stimmenden, im Falle b) des § 2 die höchste Summe der die Stimmstärke nach b § 2 beeinflussenden Beträge enthalten ist.

Beispiele:

Zum Falle a des § 2:

§ 33 B.G.B. bestimmt für Vereine: „Zu einem Beschlusse, der eine Änderung der Satzung enthält, ist eine Mehrheit von drei Vierteilen der erschienenen Mitglieder erforderlich," also auch genügend; z. B.: von 20 erschienenen Vereinsmitgliedern sind 15 für, 5 gegen Statutenänderung; Stimmstärken: 15×1 gegen 5×3, also Stimmgewichtsgleichheit auf 15; Ausschlag für die größere Anzahl, also Änderung beschlossen.

§ 262 St.P.O.: „Zu einer jeden dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung, welche die Schuldfrage betrifft, ist eine Mehrheit von $^2/_3$ der Stimmen erforderlich;" mithin ist die Schuldfrage, wenn in der dreirichterlichen Berufungskammer 2 Richter für die Schuld, also mit Stimmstärke von 1, und einem für Freisprechung, also mit Stimmstärke von 2, die Stimmenstärkengleichheit mit 2×1 für die Schuld und 1×2 für Freisprechung vorliegt, der Sieg bei der größeren Anzahl, also auf schuldig erkannt.

Zum Falle b des § 2:

§ 275 H.G.B. „. . . . Die Beschlüsse (über Statutenänderung der Aktiengesellschaft) bedürfen einer Mehrheit, die mindestens $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt."

2. In anderen Fällen aber hat der Gesetzgeber gerade denen, deren Stimmgewicht in der Weise, wie wir im Falle c des § 2 aus-

geführt haben, als verstärkt anzusehen ist, auch den Ausschlag bei Gleichheit der Stimmgewichtssummen zuerkannt.

Beispiele:

§ 264 H.G.B.: „Die Verhandlung über die Genehmigung der Bilanz einer Aktiengesellschaft ist zu vertagen, wenn dies ... von einer Minderheit, deren Anteile den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, verlangt wird ....“

Beträgt das Grundkapital 100000 ℳ., und äußerten auch Aktionäre, deren Anteile zusammen 90000 ℳ. betrügen, einen entgegenstehenden Willen, so wäre ihr Stimmgewicht 90000 × 1, das der die Vertagung beantragenden Aktionäre mit zusammen 10000 ℳ. in Aktien wäre hingegen 10000 × 9, mithin wäre Stimmgewichtsgleichheit (auf 90000) vorhanden; das Gesetz verleiht hier den Aktionären mit nur 10000 ℳ. Aktien den Ausschlag.

Art. 78 R.V.: „Veränderungen der Verfassung .... gelten als abgelehnt, wenn sie im Bundesrate 14 Stimmen gegen sich haben.“ Nach Art. 6 beträgt die gesamte Stimmenzahl im Bundesrate 58.

Wir haben hier eine $^{14}/_{58} = {}^{7}/_{29}$ Minorität vor uns. Mit solchen Zahlen, über die wir uns in unserem Vorstellungsvermögen kein Bild machen können, pflegt man da, wo der Gesetzgeber nur einem Prinzip die Bestimmtheit verleihen wollte, nicht zu operieren. Daher dürfen wir das den Gesetzgeber leitende Prinzip in einer anderen Zahl, nämlich $^{1}/_{4}$ ($= {}^{29}/_{116}$) suchen; im Vergleich mit der geltenden $^{7}/_{29} = {}^{28}/_{116}$ Minorität, also nur um $^{1}/_{116}$ verschieden.

Hätte der Gesetzgeber $^{1}/_{4}$ Minorität zur Hemmung erfordert, so wäre das Stimmgewicht der für die Änderung stimmenden 1, der erhaltenden 4 gewesen, mithin wäre bei $43 \times 1 = 43$ und $15 \times 3 = 45$ Verfassungsänderung ausgeschlossen gewesen, bei $44 \times 1 = 44$ gegen $14 \times 3 = 42$ wäre sie eingetreten. Eine Stimmgewichtsgleichheit ($43^{1}/_{2} . 1 = 43^{1}/_{2}$ gegen $14^{1}/_{2} . 3 = 43^{1}/_{2}$) hätte nicht eintreten können; das aber ist erwünscht, mithin lag logisch kein Grund für den Gesetzgeber vor, die $^{1}/_{4}$ Minorität beiseite zu setzen.

Der Grund lag wohl darin, daß verschiedenen Stimmkombinationen auf die Zahl 14, insbesondere Bayern, Sachsen und Württemberg zusammen (6 + 4 + 4) oder den nur mit einer Stimme ausgestatteten

Monarchien ein Einspruchsrecht gegen Verfassungsänderung gewährt werden sollte.

Bei der geltenden Minoritätsregelung auf $^{14}/_{58} = ^{7}/_{29}$ ist Stimmgewichtsgleichheit möglich, nämlich bei 44 neuernden (44 . 7 = 308) und 14 erhaltenden Stimmen (14 . 22 = 308).[4]) Den Ausschlag erteilt das Gesetz der Minorität.

3. Endlich gehört in gewissen Beziehungen hierher der Fall des Art. 5 II der Reichsverfassung:

„Bei Gesetzesvorschlägen über das Militärwesen, die Kriegsmarine und die im Art. 35 bezeichneten Abgaben gibt, wenn im Bundesrate eine Meinungsverschiedenheit stattfindet, die Stimme des Präsidiums den Ausschlag, wenn sie sich für die Aufrechterhaltung der bestehenden Einrichtung ausspricht.“

Auszuscheiden ist hier der Fall der Stimmengleichheit, für ihn gilt hier nichts besonderes; er fällt unter die allgemeine Bestimmung des Art. 7 III (vgl. unten b 2). Es bleiben mithin die Fälle, in denen Preußen mit derjenigen Minorität geht, die sich für die Aufrechterhaltung der bestehenden Einrichtungen ausspricht. Dieser Fall ist so zu konstruieren, es tritt stets eine solche Erhöhung des Stimmgewichts der auf Seiten der Minorität stimmenden ein, daß gerade die Anzahl der Stimmen auf der Gegenseite, also Stimmgewichtsgleichheit, erreicht ist. Der Ausschlag ist der Minorität zugeteilt zu erachten. So die dem Verfassungswortlaut entsprechende Konstruktion. Der Sache nach käme es auf dasselbe hinaus, für eine gewisse Minorität, nämlich wenn diese durch Preußen dargestellt wird, ein Stimmgewicht von 41 gegen 17 der andersstimmenden anzunehmen und der Minorität (Preußen) den Ausschlag zu geben. Ob den Preußischen Stimmen 17 [Zahl] × 41 [Gewicht] noch andere sich angeschlossen hätten, wäre für das Resultat unerheblich. Letztere Darstellung bringt zur Anschauung, daß der Art. 5 II auf ein Veto Preußens hinausläuft.[5])

b) Bei der sog. absoluten Stimmenmehrheit bezeichnet das Wort „absolut“ den Gegensatz zur relativen Stimmenmehrheit. Diese

[4]) Das Verhältnis der Stimmstärken der Neuernden gegenüber den Erhaltenden ist als auf $^{14}/_{58} : ^{44}/_{58} = 14 : 44 = 7 : 22$ sich belaufend anzusehen, indem wir die im § 2 a E. aufgestellte Voraussetzung, daß sämtliche Stimmen gültig abgegeben worden seien, festhalten.

[5]) Seydel, Komm. z. R.V. Nr. III zu Art. 5 S. 119.

für sich allein angewandt, ist — wie sich zeigen wird — ein so starkes Zufallsspiel, daß wir, wo ernstlich von einer Stimmentscheidung die Rede ist, von vornherein an absolute Stimmenmehrheit denken müssen. In den neueren Gesetzen finden wir den Zusatz „absolut“ nicht mehr. Sie sagen „Stimmenmehrheit der Erschienenen“, um den Zweifel, daß die nichterschienenen Beteiligten mit zu berücksichtigen seien, auszuschließen. Das deutet auf absolute Mehrheit hin, da bei relativer Stimmenmehrheit eine Berücksichtigung Nichterschienener überhaupt nicht in Frage kommen kann. § 251 des H.G.B. sagt „einfache Stimmenmehrheit“. Im Auge hat man den Gegensatz von Mehrheiten in größeren Quoten als $^1/_2$, z. B. $^3/_4$ Mehrheit in § 275 H.G.B.; man meint also die sog. absolute Mehrheit.[6])[7])

Das Charakteristische der hierher gehörigen Fälle ist, daß niemals eine verschiedene Bestimmung des Stimmgewichtes des einzelnen Stimmenden nach Maßgabe des Inhaltes seines Votums (Fall c des § 2) stattfindet. Entweder hat also jede Stimme gleiche Stärke (Fall a des § 2) oder die Stimmstärke ist nach der verschiedenen Beteiligung der Einzelnen an einer Gemeinschaft, die die Stimmberechtigten vereinigt, verhältnismäßig bemessen (Fall b des § 2).

1. Im letzterwähnten Falle b des § 2 kann dasselbe Prinzip, das wir unter a 1 in diesem Paragraphen kennen lernten, zur Anwendung kommen, also die Seite als ausschlaggebend angesehen werden, auf welcher die meisten Stimmenden vorhanden sind.

Beispiel: § 94 II, III K.O.: „Die Beschlüsse der Gläubigerversammlung werden mit absoluter Mehrheit der Stimmen gefaßt ..... Die Stimmenmehrheit ist nach den Forderungsbeträgen zu berechnen. Bei Gleichheit der Summen entscheidet die Zahl der Gläubiger.“

2. Denkbar zwar auch im Fall b des § 2, aber in den Gesetzen nur vorkommend im Fall a des § 2, also bei Gleichheit aller Stimmen

---

[6]) Staub A. 1 zu § 251 H.G.B., Cosack 5d S. 625, abweichend früher Esser Komm. zu Art. 309a H.G.B., Dreyer bei Gruchot 30 S. 468.

[7]) Ebenso faßt Seydel im Komm. zu Art. 6 R.V. S. 146 die im Art. 6 III gebrauchte Bezeichnung als absolute Mehrheit auf, m. E. der Wortinterpretation der Verfassung als Gegensatz zur „absoluten Mehrheit“ im Art. 28 zwar nicht entsprechend, der Sache nach aber nicht unrichtig und mit treffender Begründung, nämlich: mangels besonderer Festsetzung sei die absolute Mehrheit anzunehmen.

in ihrer Stärke ist, daß der Ausschlag derjenigen Seite zugesprochen wird, auf welcher sich ein besonders qualifizierter Stimmender befindet.

Beispiel: § 320IV C.P.O. bestimmt für die Berichtigung des Urteilstatbestandes: „Ist ein Richter verhindert, so gibt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung die Stimme des ältesten Richters den Ausschlag."

Art. 7III R.V. gibt bei Stimmengleichheit der Seite, auf welcher sich die Präsidialstimme befindet, den Ausschlag.

3. In den beiden vorangehenden Fällen waren nicht nur Stimmgewichtsgleichheiten in dem Sinne vorhanden, wie wir sie bei allen Stimmenmehrheiten mit Rücksicht auf unsere Ausführungen unter II des § 2 notwendig als Scheidepunkt nachgewiesen haben, sondern zugleich gewöhnliche Stimmengleichheiten, sowohl im vorangehenden Falle 2, wo jeder Abstimmende gleiche Stimmstärke hatte, als auch im Falle 1, wo die Stimmstärke nach Anteilen bemessen wurde. In diesen Fällen ist überhaupt keine Stimmen*mehr*heit im strengen Wortsinne erforderlich, sondern die Entscheidung war schon durch Stimmgewichtsgleichheit unter Hinzuziehung eines außerhalb der Abstimmung liegenden Kriteriums gefallen. Man sucht nun die Aufstellung eines solchen Kriteriums überflüssig zu machen, indem man der Stimmengleichheit unbedingt die Fähigkeit zur Entscheidung nimmt und die Abstimmungsweise so regelt, daß nur bei einem Gegenüberstehen von Stimmenmehrheit und Stimmenminderheit eine Entscheidung getroffen wird. Solches ist — wenn auch freilich nur in näher zu bezeichnender Grenze — ausführbar. Aber man sieht:

> *entweder* ist diese Abstimmungsweise überhaupt keine der von uns im § 2 zu grunde gelegten *oder* unsere Behauptung, daß bei allen Abstimmungsarten ein toter Punkt eintreten könne, ist unrichtig.

Wir werden das später (§ 5) entscheiden, vorerst aber besprechen wir jene beschriebene Abstimmungsweise im engen Anschluß an ihre übliche Darstellung.

Man ist einig, daß da, wo das Gesetz nur sagt, die Mehrheit der Stimmen solle entscheiden, *bei Stimmengleichheit keine Entscheidung getroffen sei.*

Z. B. § 33 B.G.B. über die Beschlußfassung in der Vereinsversammlung: „Bei der Beschlußfassung entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder.“

Hierauf bezüglich bemerkt Hölder (Anm. 2 zu § 27 B.G.B.): „Der Fall der Stimmengleichheit bedarf ..... keiner Normierung, weil ein Vorschlag, um durchzudringen, des positiven Übergewichtes seiner Freunde über seine Gegner bedarf.“

§ 251 H.G.B.: „Die Beschlüsse der Generalversammlung — der Aktionäre — bedürfen der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfache Stimmenmehrheit) .....“ Hierzu Staub (Anm. 1 zu § 251): „Regelmäßig, d. h. wenn Gesetz oder Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmen, gilt das Erfordernis der einfachen (absoluten) Mehrheit, d. h. eine Stimme mehr als die Hälfte der Gesamtzahl der abgegebenen gültigen Stimmen. Bei Stimmengleichheit ist also der Antrag abgelehnt.“

Art. 28 S. 1 R.Vf.: „Der Reichstag beschließt mit absoluter Stimmenmehrheit“. Perels (S. 25 u. Anm. 123), nachdem er gesagt hat, daß die Kommissionen des Reichstags ihr geschäftliches Verfahren selbst zu regeln befugt seien, soweit nicht die für das Plenum geltenden Regeln entsprechende Anwendung zu finden hätten, und in ersterer Hinsicht ein Beispiel gegeben hat, fährt fort: „Umgekehrt versteht es sich z. B. von selbst, daß eine Frage bei Stimmengleichheit auch in der Kommission als verneint anzusehen ist“.

§ 4.

Beschränktes Anwendungsgebiet der Stimmenmehrheit mit Vermeidung des toten Punktes.

Der Gegenstand der Abstimmung kann so bestimmt sein, daß es sich nur um irgend etwas, was geschehen soll, handelt, oder darum, daß dieses nicht geschehen soll.

Man kann nur entweder die positive Alternative wählen oder diese nicht, denn was man auch anderes als die positive Alternative wählen mag, so kommt dieser Stimminhalt höchstens nur insoweit in betracht, als darin der Wille, die positive Alternative nicht zu wählen, sich zu erkennen gibt.

Anders, sobald zwei oder noch mehr positive Alternativen zur Wahl stehen, wofür typisch die Wahlen[8]) sind; denn man hat, auch wenn nur zwei positive Alternativen zur Wahl gestellt sind, stets eine dritte, nämlich einen auf irgend etwas anderes gerichteten Stimminhalt; — man kann keinem Stimmenden verwehren, weder für die eine, noch für die andere Alternative zu stimmen, sondern für irgend etwas anderes als beides zu stimmen.

Es ist nun klar, daß im ersteren Falle — bei nur einer positiven Alternative — alle höheren absoluten sogenannten Stimmenmehrheiten als die einfache stets entweder eine Stimmgewichtsmehrheit für die positive Alternative oder für ihre Verneinung ergeben oder eine Stimmgewichtsgleichheit, welche durch das bei den höheren Stimmenmehrheiten, wie wir sahen, nirgends fehlende Kriterium entschieden würde.

Anders bei der gewöhnlichen Stimmenmehrheit. Ergibt sich hier Stimmgewichtsgleichheit, so ist nur in den Fällen b 1 und 2 des § 3 ein Kriterium zur Entscheidung vorhanden. In diesen Fällen ist entweder die Positive oder ihre Negative gewählt. Im Falle 3 hingegen nicht; daher bleibt für diesen das Resultat, daß weder für die positive Alternative, noch ihre Negative das erforderliche Stimmenübergewicht vorhanden ist; also weder die Positive, noch die Negative ist gewählt; die Abstimmung ist unentschieden. Weil man kein Kriterium für die Entscheidung aufstellen will, so geschieht einfach nichts und so kommt praktisch allerdings die Stimmengleichheit auf Ablehnung der positiven Alternative hinaus; — in dieser Weise drückt sich Staub aus „der Antrag ist abgelehnt". Korrekt ist das nicht, sondern die Abstimmung über den Antrag ist unentschieden geblieben, der Antrag ist nicht angenommen, nicht durchgedrungen; um durchzudringen, hätte er „des positiven Übergewichts seiner Freunde über seine Gegner bedurft", wie Hölder das unentschiedene Resultat ohne Inkorrektheit umschreibt. Makower[9]) und Ring[10]) heben die Unentschiedenheit ausdrücklich hervor.

---

[8]) Hölder, Komm. Ziff. 2 zu § 27 B.G.B. spricht schlechtweg von Wahlen, doch lassen sich auch andere Verhältnisse denken; z. B. ob ein dem Verein gehöriges Haus verkauft oder vermietet werden solle.

[9]) Komm. 1 a zu § 251 H.G.B.

[10]) Lehmann-Ring, Komm. Nr. 1 zu § 251 H.G.B.

In Wahrheit hat schon hier die absolute Stimmenmehrheit versagt, man begnügt sich mit Stimmengleichheit und Unentschiedenheit.

Treffend sagt Makower: „Die Ansicht, wonach bei Stimmengleichheit der Antrag als abgelehnt gilt, würde dazu führen, daß, wenn zwei einander entgegengesetzte Anträge vorliegen, das Ergebnis der Abstimmung davon abhängen würde, welchen dieser Anträge der Vorsitzende zuerst zur Abstimmung bringt.“ Vor der Stimmengleichheit ist man ratlos und infolgedessen tatlos stehen geblieben.

Stehen aber erst zwei oder mehr positive Alternativen dergestalt zur Abstimmung, daß die eine von ihnen in der Wahl herauskommen muß, die Negative unmöglich ist, so muß man entweder mit relativer Stimmenmehrheit vorlieb nehmen, oder wenn man absolute Stimmenmehrheit verlangen will, so muß man für diese eine Ergänzung für den Fall bereit halten, daß nicht sofort im ersten Wahlgange die notwendige Stimmenzahl sich auf eine Alternative vereinigt. Wir betrachten die möglichen Abstimmungs-Ergebnisse nur für den Fall, wenn absolute Mehrheit gefordert wird:

1. Auf eine positive Alternative ist die absolute Mehrheit der Stimmen gefallen, so ist diese gewählt.
2. Keine der positiven Alternativen hat die absolute Mehrheit erhalten. Hier ist Ergänzung nötig; man hilft sich hergebrachter Maßen mit der sog. engeren Wahl oder Stichwahl.
3. Alle Stimmen sind nur auf zwei positive Alternativen gefallen und beide haben gleichviel, also jede die absolute Stimmengleichheit erlangt; hier entscheidet das Los.
4. In der Hauptwahl erhält eine Alternative die höchste, aber nicht absolute Mehrheit, die nächst niedrigere Stimmzahl haben zwei andere; hier entscheidet zwischen letzteren das Los, wer von beiden mit der ersten in die Stichwahl kommt.[11])

In den Fällen 2 und 3 reicht das gewöhnliche Wahlverfahren nicht aus, in Fall 3 sehen wir den Ausschlag durchs Los eintreten, im Falle 2 das besonders hinzutretende Verfahren der engeren Wahl;

[11]) Auch die Fälle 3 und 4 erscheinen in dem Reichstags-Wahlgesetz vom 31. Mai 1869 durch die Bestimmung „bei Stimmengleichheit entscheidet das Los“, darum mit umfaßt, weil diese Bestimmung in einen besonderen Absatz gestellt ist. Seydel in Hirths Annalen Jahrgang 88 S. 383.

im Falle 4 ist auch letzteres Verfahren noch nicht ohne weiteres anwendbar, es muß erst durch das Los vorbereitet werden.

Das Resultat ist: nur im Falle 1 hat die Methode der absoluten Mehrheit im strengen Wortsinn ihr Ziel erreicht, im Falle 3 hat man sich mit Stimmengleichheit begnügen müssen; in den Fällen 2 und 4 ist eine engere Wahl eingetreten, diese kann sowohl wie Fall 1 als wie Fall 3 ausgehen, es ist also auch hier möglich, daß eine Stimmenmehrheit nicht erreicht wird.

§ 5.

Wesen und Struktur der Stimmentscheidung.

I. Die Abstimmung ist nichts, was für oder gegen die innere Wahrheit der Wahlgegenstände etwas beibringt, sondern ist nur die Kundgebung einer subjektiven Überzeugung. Von keinem kann man verlangen, daß er sich der subjektiven Überzeugung eines anderen unterwirft, soweit nicht besondere Gründe eine solche Unterwerfung rechtfertigen und demgemäß z. B. das Recht diese Unterwerfung befiehlt. Es ist also das Ideal und man hat daher als Ziel aufzustellen, daß keiner sich der Abstimmung anderer zu fügen habe und überall Einstimmigkeit zu fordern sei. Überall wo keine Einstimmigkeit zu erzielen wäre, wären die betreffenden Gemeinschafter nicht gebunden.

Nun ist es aber ständig in Gemeinschaften notwendig, daß das eine oder das andere positive Ergebnis zustande kommen muß, es vereinigen sich aber auf keine dieser positiven Wahlgegenstände alle Stimmen.

Die beiden Gesichtspunkte stellen uns durch ihre Vereinigung folgende Aufgabe:

Welches ist die größtmögliche Stimmenzahl der Zugehörigen einer Gemeinschaft, die sich für die Entscheidung für eine Wahlalternative fordern läßt, ohne daß die Möglichkeit eintritt, daß keine Wahlalternative jene Anzahl der Stimmen erhalte?

Auf diese Frage ist zunächst zu antworten, daß diese Möglichkeit sich für *einen* Fall nie ausschließen lasse, nämlich, wenn sich kein einziger an der Wahl beteiligt oder wenn alle Wählenden nur für die neben auch noch so vielen positiven Wahlalternativen stets mögliche Negative stimmen würden.

II. Um dem Streben, unter allen Umständen eine größtmögliche Stimmenzahl für eine positive Alternative zu erhalten, Erfolg zu verleihen, müssen wir den negativen Stimmen bei der Abstimmung die Gültigkeit versagen. Es bleiben also bei der Abstimmung nicht nur diejenigen gänzlich unberücksichtigt, die zwar erscheinen, aber sich gar nicht an der Wahlhandlung beteiligen,[12]) sondern auch die, welche im negativen Sinne stimmen, d. h. alle, welche leere Zettel oder in inhaltlich unklarer oder mit dem Gegenstand der Abstimmung nicht zusammenhängender Weise ihre Stimmen abgeben; hierher gehören insbesondere Scherze. Ferner sind als negative anzusehen diejenigen Stimmen, welche auf eine nicht existierende oder eine nicht wählbare Person gehen.[13])

Logisch ist zu fordern, daß, wenn sich herausstellt, daß eine nicht wählbare Person die höchste Stimmenzahl erhalten hat, die ganze Wahlhandlung nicht ungültig ist, sondern die mit der nächst höheren, als die ungültige Alternative herausgekommene positive Alternative als beschlossen angesehen wird.[14])

Die sich an der Wahlhandlung gar nicht Beteiligenden, sowie die sich zwar Beteiligenden, aber in negativem Sinne Stimmenden sind überhaupt nicht mitzuzählen, so vor allem nicht bei der Feststellung der Gesamtzahl der Abstimmenden, nach der die absolute Majorität berechnet wird.[15]) [15a])

---

[12]) Hölder, Kommentar Anm. 2d zu § 32 B.G.B., Crome, System I § 51 Anm. 36, Seydel, Kommentar zur R.V. Art. 28 S. 209.

[13]) Wahlreglement für den Reichstag vom 28. Mai 1870 § 19 Ziffer 4. Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 289 (§ 34), v. Mohl in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft Bd. 30 S. 600, desgl. Preuß. Reglement über die Ausführung der Wahlen zum Hause der Abgeordneten vom 18. September 1893 § 16 II.

[14]) Nicht so geübt bei der Reichstagswahl. Der Reichstag entscheidet definitiv über die Gültigkeit der Wahl (Wahlges. v. 31./5. 69 § 13); er kann aber nicht einen anderen als den verkündeten Abgeordneten selbst proklamieren oder proklamieren lassen. Arndt b. Birkmeyer S. 831. Seydel im Komm. zu Art. 27 R.V. S. 207. Richtig: Preuß. Wahlreglement für das Haus der Abgeordneten v. 18./8. 93 § 16 II.

[15]) Z. B.: Reichstagswahlges. v. 31./5. 69: § 12 „Die Wahl .... erfolgt durch absolute Stimmenmehrheit aller in einem Wahlkreise abgegebenen Stimmen." Damit sind nur die gültigen Stimmen gemeint, wofür die verschiedene Behandlung der gültigen und ungültigen Stimmzettel im § 13 das. spricht. Seydel

III. Nachdem wir so die ungültigen Stimmen ausgeschieden haben, können wir zur Beantwortung der Frage schreiten:

„W e l c h e s i s t v o n d e n g ü l t i g e n S t i m m e n d i e g r ö ß t m ö g l i c h e A n z a h l, d i e f ü r e i n e p o s i t i v e A l t e r n a t i v e g e f o r d e r t w e r d e n k a n n, o h n e d a ß d i e M ö g l i c h k e i t e i n t r i t t, d a ß d i e s e S t i m m e n z a h l v o n k e i n e r d e r p o s i t i v e n A l t e r n a t i v e n e r r e i c h t w i r d?"

Die mögliche Höhe der Stimmzahl zur unbedingten Entscheidung für eine positive Alternative ist abhängig von der Anzahl der zur Wahl stehenden positiven Alternativen.

---

in Hirths Annalen S. 383: Erforderlich ist „absolute Mehrheit der .... abgegebenen gültigen Stimmen".

[15a]) Ob indessen die Anwesenheit der sich nicht an der Abstimmung Beteiligenden oder ungültig Abstimmenden nicht in einer anderen — die Abstimmung und ihr Resultat an sich nicht berührenden — Weise doch von rechtlicher Erheblichkeit sei, ist eine Frage, die außerhalb unseres Themas liegt. Ein Beispiel bietet der Satz 2 des Art. 28 der R.V., der zur Gültigkeit der Beschlußfassung die A n w e s e n h e i t — n i c h t a u c h d i e B e t e i l i g u n g b e i d e r A b s t i m m u n g d u r c h A b g a b e e i n e r g ü l t i g e n S t i m m e — fordert. Die hiernach notwendige Scheidung der Abstimmung von der Feststellung der Beschlußfähigkeit läßt der § 58 der Geschäftsordnung des Reichstags in seiner Abänderung vom 14. Nov. 1902 zwar äußerlich nicht hervortreten, dennoch aber wohnt sie ihm inne. Die auf „Enthalte mich" lautenden Stimmen sind nämlich in ihrem Wesen nichts anderes als ungültige Stimmen, die auf das Ergebnis der Abstimmung für sich, insbesondere auf die Feststellung der Gesamtzahl derjenigen Stimmen, nach denen sich die Erreichung der absoluten Stimmenmehrheit entscheidet (d. i. die Gesamtzahl der g ü l t i g e n Stimmen) gar keinen Einfluß haben. Allerdings zur Feststellung der Beschlußfähigkeit sind auch sie von Wichtigkeit. Sonach ist das Verfahren des § 58 cit. keine bloße Abstimmung, als welches es sich allein ausgibt, sondern z u g l e i c h e i n e F e s t s t e l l u n g d e r B e s c h l u ß f ä h i g k e i t.

Entsprechend muß auch bei der Abstimmung durch Aufstehen und durch Hammelsprung Abstimmung und Feststellung der Beschlußfähigkeit auseinandergehalten werden. Da beides im Art. 28 der R.V. geschieden ist, so wäre, wofern die Geschäftsordnung auch nicht zuließe, an der Abstimmung sich nicht zu beteiligen und doch als anwesend betrachtet zu werden, eine solche Bestimmung verfassungswidrig und also nichtig. Unrichtig daher der P r ä s i d e n t in der Verhandlung vom 29. März 1867 und P e r e l s S. 82 f. insbes. Anm. 450 u. 457 a. E., r i c h t i g d e r P r ä s i d e n t in der Verhandlung vom 1. Mai 1878, das V e r f a h r e n in der Sitzung vom 6. Mai 1881 u. Abg. v. L e v e t z o w in der Sitzung vom 24. Mai 1897, nach dessen Äußerung das von uns gebilligte Verfahren auch bereits das übliche ist (Druckſ. des Reichstags IX. L. P. 4. Seſſ. S. 6053 f.).

Haben wir x Alternativen, so ist es denkbar, daß auf jede Alternative die gleiche Stimmzahl fällt. Wir können daher an die Wahl nur die Anforderung stellen, daß das Minimum, bei welchem wir eine Alternative für gewählt ansehen, $^{1}/_{x}$ der Gesamtsumme der gültigen Stimmen sei.

Diese Abhängigkeit des Minimums von der Zahl der Alternativen hat den Erfolg, daß je kleiner die Zahl der zur Wahl stehenden positiven Alternativen ist, um so größer das Minimum gefordert werden kann; z. B.:

bei 4 Alternativen ein Minimum von $^{1}/_{4}$ der gesamten gültigen Stimmen,
„ 3 „ „ „ „ $^{1}/_{3}$ „ „ „ „[16])
„ 2 „ „ „ „ $^{1}/_{2}$ „ „ „ „
„ 1 Alternative „ „ „ $^{1}/_{1}$ „ „ „ „

Wir werden offenbar niemals bis zur Beschränkung der Alternativen auf eine hinaufgehen können, denn das hieße, da wir ja die Konkurrenz einer negativen Alternative von vornherein ausschlossen und irgend eine positive Entscheidung als notwendig voraussetzten, nur diejenigen Stimmen sind gültig, die auf diese eine Alternative fallen; alle anderen sind ungültig; würde von noch so vielen Erschienenen auch nur ein einziger für die positive Alternative, die übrigen anders stimmen, so hätte diese das Minimum von $^{1}/_{1}$ der — gültig — abgegebenen Stimmen erlangt, denn sie ist die einzig gültig abgegebene!

Wir könnten aber die positiven Alternativen bis auf 2 oder 3 oder 4 usw. beschränken. Logisch erscheint diese Beschränkung — auf welche Weise auch immer die Auswahl der Alternativen getroffen werden möge — als reine Willkür. Technisch aber bietet schon die Beschränkung auf 2 Alternativen einen Vorteil: indem das Wahlminimum $^{1}/_{2}$ der abgegebenen gültigen Stimmen ist. Hat die eine Alternative im zweiten Wahlgange mehr als $^{1}/_{2}$, so hat die andere notwendig weniger; möglich ist dann nur noch, daß jede Alternative gerade $^{1}/_{2}$ erhielte, hier ist Ausschlag notwendig; z. B. durch das Los. — Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht.

Bei 3 Alternativen — entsprechend erst recht bei 4 — sind jenen beiden Möglichkeiten entsprechende vorhanden: alle 3 Alternativen erhalten je $^{1}/_{3}$ der Stimmen, eine erhält mehr als $^{1}/_{3}$, die beiden anderen weniger, aber dazu kommt noch eine dritte: zwei erhalten mehr als $^{1}/_{3}$,

[16]) Vgl. auch unten die Anmerkung 22.

die eine nur weniger, hier wäre eine besondere Entscheidungsnorm notwendig.

Auch aus inneren Gründen ist ferner die Beschränkung auf zwei Alternativen gerechtfertigt. Denn nur der aus einer absoluten Wahl unter zwei Alternativen hervorgegangene hat stets so viele Abstimmende hinter sich, daß sie die für die durchgefallene Alternative stimmenden mindestens aufwiegen. Nun mochten vielleicht einigen beide zur Wahl übrig gebliebene Alternativen so wenig gefallen, daß sie sich der Wahl gänzlich enthielten. Hier kommt folgender innerer Grund für die Ausscheidung der negativen Stimmen, — worin wir kurzweg alle anders als für die allein zur Wahl stehenden Alternativen Stimmenden, wie auch die überhaupt sich der Abstimmung Enthaltenden zusammenfassen —, zur Geltung: daß möglicherweise nur zwei Alternativen am Ende zur Wahl stehen, ist eine Notwendigkeit, ihr mußten sich die Stimmberechtigten beugen und der Alternative ihre Stimmen geben, die ihren Anschauungen am nächsten kam.

Verhalten sie sich aber bei der Abstimmung negativ, so tragen sie mit die Verantwortung für den Ausgang der Wahl; denn hätten sie gestimmt, so hätten sie unter Umständen der Wahl die Wendung auf die andere Alternative — vielleicht die bessere — geben können. Würden aber die Stimmen aller negativ sich verhaltenden, den Stimmen der durchgefallenen Alternative hinzu gerechnet, der Stimmenzahl der siegreichen Alternative nicht gleichkommen, so ist eben durch die Abstimmung das Beste erreicht, was durch sie zu erreichen war.

Man wird bei diesen Ausführungen bereits das Problem bemerkt haben: es ist ja möglich, daß mehr als zwei positive Alternativen von vornherein sich zur Wahl bieten, wie ist da die Beschränkung auf zwei herbeizuführen?

Auch eine Richtschnur für die Beantwortung ergibt sich bereits aus dem bisherigen: die Beschränkung ist so herbeizuführen, daß die beiden zur endgültigen Wahl bleibenden Alternativen den Anschauungen von möglichst vielen Stimmberechtigten möglichst nahe kommen.

IV. Nachdem wir so festgestellt haben, daß die größtmögliche Stimmenzahl für eine Alternative die Hälfte aller abgegebenen gültigen Stimmen ist, und daß die Anzahl von einer (positiven)

Alternative mindestens erreicht werden muß, wenn nur zwei Alternativen zur Wahl stehen, so ist jetzt noch darzutun: wie wir die Beschränkung der Alternativen auf nur zwei herbeiführen können.

Wir wollen uns eine solche Sachlage vor Augen halten, wo wir von diesem Ziele recht weit entfernt sind, nehmen wir einmal 7 Alternativen an und 76 Stimmende.

1. Angenommen, es erhielten: K_1 32, K_2 11, K_3 9, K_4 9, K_5 8, K_6 4, K_7 3 Stimmen.

Hier hat zwar K_1 mehr Stimmen als jeder der Übrigen, die relative Mehrheit, allein seine Stimmzahl ist kleiner als die Summe aller übrigen gültigen Stimmen, nämlich $32 < (11 + 9 + 9 + 8 + 4 + 3)$.

Die Idee der Wahl fordert aber, daß mindestens die größtmögliche Zahl von Stimmen erlangt wird, die für einen, der als gewählt angesehen werden soll, erreichbar ist, ohne daß die Möglichkeit eintritt, daß keiner diese Zahl erreiche. Das ist die absolute Gleichheit. Diese Gleichheit ist nur herstellbar, indem man die Zahl der positiven Alternativen einschränkt und nach dieser Einschränkung von neuem[17]) wählt, so daß also etwa bei der zweiten Wahl auf die ausgeschiedene Alternative abgegebene Stimmen als ungültig angesehen würden.

Vergegenwärtigen wir uns die Wirkungen dieses Verfahrens:

a) diejenigen, die für die ausgeschiedene Alternative bei der ersten Wahl gestimmt hatten, werden benachteiligt: sie können nicht mehr ihre vollste Sympathie zum Ausdruck bringen, sondern, — wofern sie überhaupt noch Interesse an den übrigen Alternativen nehmen, — nur eine in zweiter Linie stehende, eine eventuelle Sympathie. Aber diese zum Ausdruck zu bringen, bleibt ihnen unverwehrt; ihre Stimmen behalten auch im zweiten Wahlgang ihr volles Stimmgewicht.

b) Wähler, deren Alternativen in die zweite Wahl kommen, bleiben ihren Alternativen treu, sie haben aber das Risiko,

---

[17]) Wir stellen hier dar, wie das Wahlverfahren logisch zu konstruieren ist, im § 6 werden wir die praktische Durchführung als sich äußerst vereinfachend kennen lernen. Übrigens ist das obige Verfahren ohne alle Korrektur von Weitläufigkeiten verwirklicht in § 28 I, II. III und V des Preuß. Wahlreglements für das Haus der Abgeordneten vom 18. September 1893.

daß andere Alternativen eine bessere Stellung erlangen durch Stimmen, die von der ausgeschiedenen Alternative frei wurden. Das ist gerechtfertigt, denn auch die Alternative mit höchster relativer Mehrheit, aber noch nicht absoluter, hat keinen Anspruch als gewählt zu gelten und muß daher sich unter dieses Risiko stellen; anderseits haben mittlere Alternativen die Chance, höhere zu überholen.

Aus a) folgt, daß wir die Beeinträchtigungen in den Sympathie-Äußerungen da eintreten lassen müssen, wo sie in Summa am wenigsten wirken, also bei der Alternative mit der geringsten Stimmenzahl. Diese Alternative fällt im 2. Wahlgange weg.

Zugleich ersehen wir aber aus b), daß die Alternative mit zweitkleinster Stimmzahl nur dann Aussicht hat, im zweiten Wahlgange die drittkleinste zu überholen, wenn die Summe der auf sie und die nunmehr ausgefallene Alternative im ersten Wahlgange gefallenen Stimmen die drittkleinste Stimmzahl mindestens erreicht. In unserem Beispiele fallen also K_7 und K_6 zusammen sofort nach dem ersten Wahlgange weg (Grund: $[3+4]<8$).

Schließlich ergibt sich aus b), wo gesagt ist, daß die in die zweite Wahl übergehenden Alternativen ihre Stimmen, die sie im ersten Wahlgange erhielten — wofern nirgends eine Willkür und Regellosigkeit eintritt — außer etwa hinzutretenden wiederum erhielten, daß die Wiederholung der Wahl durch diejenigen Stimmenden, deren Alternativen erhalten bleiben, völlig bedeutungslos ist; allein der praktische Nutzen, der hieraus zu ziehen ist, sei hier, wo es sich nur um die theoretische Konstruktion handelt, noch erspart für den praktischen Teil (§ 6).

2. Nehmen wir nun an, unser Beispiel fortführend, die $3+4$ Stimmen der ausgefallenen Alternativen K_7 und K_6 seien im zweiten Wahlgang sämmtlich auf K_5 gefallen, so daß dieser $8+4+3=15$ Stimmen hat; am niedrigsten stehen also K_3 und K_4 mit je 9 Stimmen. Welche dieser Alternativen fällt aus? Diejenige, die bereits früher ausgefallen wäre, wenn nicht andere geringere Stimmzahlen erhalten hätten, m. a. W. diejenige, welche zuletzt die gleiche Höhe erreicht hat. Wir haben das Beispiel so gewählt, daß die abgelaufene Wahlentwicklung bei beiden gleich ist, wir müssen also die zukünftige entscheiden lassen, d. h. die Sympathien der übrigen Wähler,

deren Alternativen noch in der Wahl geblieben sind (K_1 und K_2). Da sie ihre eventuellen Sympathien gegenüber K_3 und K_4 noch nicht geäußert haben, so findet also eine besondere Zwischenwahl unter den Alternativen K_3 und K_4 statt, — eine wieder nur theoretische Weitläufigkeit, die wir in derselben Weise wie die unter 1 a. E. praktisch zur gänzlichen Einfachheit, die sogar noch eine gerechtere Entscheidung an die Hand gibt, sich gestalten sehen werden. Die stets zurückzudrängende Entscheidung durch das Los wird so in die äußerste Reserve, deren genaue Bestimmung man uns erlassen wird, verwiesen.

3. Nehmen wir an, K_4 habe bei der Zwischenwahl die beste Stellung erlangt, so findet nun der dritte Wahlgang unter Weglassung von K_3 statt. Angenommen, seine 9 Stimmen fielen jetzt auf K_5, so hätte K_5 $8 + 4 + 3 + 9 = 24$ Stimmen und nun bliebe im vierten Wahlgange K_4 weg und wofern ebenfalls K_5 dessen Stimmen erhielte, im fünften Wahlgang K_2, sodaß die Entscheidungswahl zwischen K_1 und K_5 stattfände. Je nachdem dann die 11 Stimmen auf K_1 zu seinen 32 oder auf K_5 mit seinen $24 + 9 = 33$ Stimmen sich verteilen, muß jetzt eines von ihnen die absolute Mehrheit oder Gleichheit erlangen. Im letzteren Falle[18]) würde der Ausschlag notwendig hinzutreten müssen. Diesen erteilen wir nicht auf die rein zufällige Weise des Losens, sondern danach, wer zuerst die dem Gleichstand nächste Stimmzahl erreicht hatte. Denn wenn wir auch nicht die jetzt sich neu verteilenden 11 Stimmen in bezug auf die Stärke der durch je eine von ihnen zum Ausdruck gebrachte Sympathie für K_1 oder K_5 in exakter Weise mit je einer der bereits im vorangehenden Wahlgang für K_1 oder K_5 abgegebenen Stimmen vergleichen können, so muß man doch gestehen, daß K_5, indem es im vorletzten Wahlgang eine höhere Stimmzahl als K_1 erlangt hatte, ein gewisses, wenn auch gänzlich unbestimmbares plus an Sympathie genießt, das wie klein es auch sein möchte, dennoch um ein gewaltiges dem reinen Zufall des Loses als Ausschlagskriterium vorzuziehen ist.

V. 1. Das unter II—IV für die Fälle der notwendigen Auswahl einer positiven Alternative aufgebaute Wahlverfahren bildet die Grundlage auch für diejenigen Stimmverfahren, bei welchen

---

[18]) Also wenn von den 11 Stimmen 6 auf K_1 und 5 auf K_5 fielen ($32 + 6$ gegen $33 + 5$).

die negative Entscheidung zulässig ist. Nur bleibt es bei den letzteren stets beim ersten Wahlgange. Hat in diesem keine der positiven Alternativen die in den einzelnen Anwendungsfällen verschiedene erforderliche Höhe der Stimmenzahl erreicht, so ist die Wahl negativ — resultatlos. Während ferner bei den Wahlverfahren mit notwendig positivem Ergebnis die Stimmengleichheit als Resultat mit dem Erfordernis des Hinzutritts des Ausschlags unvermeidlich ist, läßt sie sich bei dem Wahlverfahren mit möglichem negativen Ergebnis allerdings umgehen. Doch geschieht dies nicht bei allen Verfahrensarten der letzteren Gruppe, sondern nur bei der einfachen absoluten Stimmenmehrheit und auch bei dieser nicht in allen Fällen. Wir müssen hiernach die einfache absolute Stimmenmehrheit mit Vermeidung des Erfordernisses des Ausschlages gesondert besprechen (unter 2).

Zu ihr stehen alle übrigen Verfahrensarten insofern im Gegensatz, als bei ihnen Stimmgewichtsgleichheit als Resultat in Wirklichkeit vorkommen kann, während bei der Stimmenmehrheit mit Vermeidung des toten Punktes, wie wir sehen werden, die Stimmgewichtsgleichheit nur bei unendlich großer Zahl der Abstimmenden möglich wäre, also jenseits der Realität liegt.

Jene übrigen Verfahrensarten zeigen in ihrem Aufbau wenig bemerkenswertes, wir stellen sie nur der Übersicht wegen zusammen:

a) Die in Quoten von mehr als $1/2$ bestimmten Stimmenmehrheiten und die in Quoten unter $1/2$ bestimmten Stimmenminderheiten.

Es ist hierzu nur einzelnes zu bemerken, nämlich daß alle hierher gehörigen Mehr- oder Minderheiten absolut sind, aber mit folgendem Unterschied in der Qualität ihrer Absolutheit:

α) Die in den Gesetzen vorkommenden höheren Mehrheiten berechnen sich, wie die von uns besprochene einfache absolute Stimmenmehrheit nach der Gesamtzahl der gültigen Stimmen.

β) Die Minderheiten, z. B. des § 78 R.V., der §§ 205, 271 H.G.B. haben einen stärkeren Grad der Absolutität: sie sind nicht nur vom Stimmenfall im übrigen, sondern auch von der Zahl der Erschienenen unabhängig, berechnen sich

vielmehr nach der Gesamtzahl der Bundesratsmitglieder, bezw. des Grundkapitals.

b) Diejenigen Fälle der sogen. einfachen absoluten Stimmenmehrheit, in denen **Stimmengleichheit** bereits entscheidet, indem alsdann ein Ausschlagskriterium in Kraft tritt (Beispiele in § 3 unter b 1 und 2).

2. **Die einfache absolute Stimmenmehrheit mit Vermeidung des toten Punktes.** Die Stimme, welche nur eine einzige Stimmgewichtseinheit hat, ist unteilbar.[19]) Niemand denkt nur an die Möglichkeit, daß er mit $^1/_{10}$ seine Stimme für Ja und mit $^9/_{10}$ für Nein abgeben könnte. Hierdurch aber ist die Möglichkeit gesetzt, daß bei gewisser Stimmensumme es überhaupt nicht zur Stimmengleichheit kommen kann. Diese Möglichkeit läßt sich noch näher bestimmen.

Nämlich je größer der Nenner des Bruches ist, welcher die Stimmenmehrheitsquote bildet, um so seltener kommt es zur Stimmengleichheit und zwar stets nur in Abständen, die gleich dem Nenner sind. Die Richtigkeit dieses Satzes ergibt sich aus den Spalten II der beigegebenen Tabelle. Auf den Zähler kommt es hierbei nicht an.

Nehmen wir also eine Quote, deren Nenner unendlich groß ist, so tritt eine Stimmgewichtsgleichheit erst bei unendlich großer Zahl der Stimmen auf, d. h. weil eine unendlich große Zahl von Stimmen wie von anderem in menschlichen Verhältnissen nie vorkommen kann: die Stimmengleichheit tritt hier niemals ein. Hiermit haben wir den Nenner der Quote gefunden, welche der einfachen Stimmenmehrheit mit Vermeidung des toten Punktes zu Grunde liegt; wir müssen nun noch den Zähler des Bruches, dessen Nenner wir auf unendlich (∞) bestimmten, suchen. Wir wissen aus dem folgenden Grunde, der Wert des ganzen Bruches muß ein Minimum größer als $^1/_2$ sein, denn er kann nicht gerade $^1/_2$ betragen, sonst wäre bei der Hälfte der Stimmen für eine Alternative die Entscheidung gefallen; der Bruch muß größer sein als

[19]) Hieraus folgt, daß auch die Stimme, welche aus mehreren Stimmgewichtseinheiten besteht, zu allen Stimmgewichtseinheiten nur für ein und dieselbe Alternative abgegeben werden kann, denn die Stimme bringt einen Entschluß zum Ausdruck, ein Entschluß kann sich nicht selbst widersprechen, sonst ist er keiner. Vgl. Seydel, Kommentar S. 383 hinsichtlich der Bundesratsabstimmung.

$^1/_2$; aber betrüge die Zahl, um die der Bruch größer als $^1/_2$ ist, auch nur ein sehr Kleines, z. B. $\frac{1}{1000000}$, so würde doch bei einer Anzahl von z. B. 2000000 die Entscheidung noch nicht bei 1000001 gegen 999999 Stimmen eintreten, sondern selbst bei 1000002 gegen 999998 erst gerade die Entscheidungsgrenze erreicht sein. Grund hierfür ist, daß das Stimmgewichtsverhältnis hier $[(1-(^1/_2+\frac{1}{1000000})]:(^1/_2+\frac{1}{1000000})= =(^1/_2-\frac{1}{1000000}):(^1/_2+\frac{1}{1000000})=\frac{999998}{2000000}:\frac{1000002}{2000000}=999998: :1000002$ ist, also bei 1000002 [Zahl der für die positive Alternative abgegebenen Stimme] $\times$ 999998 [Gewicht einer solchen Stimme] gegen 999998 [Zahl der für die negative Alternative abgegebenen Stimme] $\times$ 1000002 [Gewicht einer solchen Stimme] herrscht Stimmgewichtsgleichheit, eine Mehrheit für die positive Alternative wäre aber gar erst bei mindestens 1000003 gegen 999997 Stimmen erreicht.

Es fragt sich also, welches ist der Zähler eines Bruches dessen Nenner unendlich ist und dessen ganzer Wert um ein Minimum größer ist als $^1/_2$? Der Zähler sei x, so ist:

$$\frac{x}{\infty} = {}^1/_2 + \text{minim}^{20)}$$
$$x = {}^1/_2 \times \infty + \text{minim} \times \infty$$
$$= \frac{\infty}{2} + \text{minim}.$$

(Denn unendlich klein mit unendlich groß multipliziert ergibt wieder unendlich klein, da unendlich klein wie oft es auch als Summand gesetzt werden mag, immer nur unendlich klein ergibt.)

Unsere ganze Mehrheitsquote ist also

$$\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}.^{20a)}$$

---

[20]) Ein Zahlzeichen für eine unendlich kleine Zahl, die aber nicht gleich Null ist, ist mir nicht bekannt, ich benutze daher obige Abkürzung von minimum. — Man dürfte nicht unendlich klein gleich $\frac{1}{\infty}$ setzen; dieser Bruch enthält zwar denjenigen Nenner, der erforderlich ist, um den kleinsten Bruchteil einer Einheit zu bezeichnen, aber als Zähler enthält er die Einheit selbst und die Einheit ist lange nicht die kleinste Zahl.

[20a]) Hier tritt innig mit dem Endlichen verwoben das Unendliche auf, und zwar nicht nur das unendlich Große, sondern zugleich das unendlich Kleine (vgl. hierzu Berolzheimer, Rechtsphilosophische Studien 1903 S. 165).

Man könnte diesen Bruch vereinfachen in $\frac{\infty}{2} : \infty + \frac{\text{minim}}{\infty} = \frac{1}{2}$ $+$ minim (denn da, wie wir sahen, $\infty \times$ minim gleich minim ist, so ist $\frac{\text{minim}}{\infty} = \text{minim}$).

Nun könnte man minim auf den Bruchstrich bringen: $\frac{1}{2} + \frac{2 \cdot \text{minim}}{2} = \frac{1 + \text{minim}}{2}$; das sind zwar richtige Umformungen, allein die letztere hat einen Zähler, der keine Einheit des Nenners ist, sie bildet einen sogen. Doppelbruch (wie z. B. $\frac{1 + \frac{1}{1000}}{2}$). Wir müssen aber unsere Regel über den Eintritt der Stimmengleichheit natürlich an die Bedingung knüpfen, daß die Mehrheitsquoten einfache Brüche bilden; ein solcher ist $\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}$, denn in unendlich muß jede denkbare Zahl oder Zahlenverbindung als Einheit mitumfaßt sein, also auch unser Zähler $\frac{\infty}{2} + \text{minim}$.

Anscheinend haben wir hier die Stimmmethode gefunden, die den toten Punkt überwindet. Aber man beachte: durch unsere Rechnung ist die sogen. einfache Stimmenmehrheit als eine Stimmenmehrheit mit höherer Quote als $\frac{1}{2}$, nämlich $\frac{1 + \text{minim}}{2}$ erwiesen, mithin haben wir nach Fall c des § 2 ein verschiedenes Stimmgewicht je nach dem Inhalt der Stimme. Eine gewöhnliche Stimmengleichheit z. B. 1 : 1, 2 : 2, 307 : 307 ist also bei der sogen. einfachen Stimmenmehrheit gar keine Stimmgewichtsgleichheit und das ist ja das, worauf es ankommt — sie ist nur eben im Falle des gleichen Gewichtes aller Stimmen mit der Stimmengleichheit identisch. Im korrekten Sinne freilich vermeidet auch die so sich charakterisierende einfache Stimmenmehrheit den toten Punkt nicht, sondern sie verlegt ihn nur jenseits der Realität. Unsere frühere Behauptung, daß keine Methode den toten Punkt vermeiden könne, erweist sich somit als richtig. Andrerseits aber müssen wir der einfachen Stimmenmehrheit den Vorzug zugestehen, daß sie für die Wirklichkeit immerhin den toten Punkt vermeidet und somit eines Ausschlagskriteriums entbehren kann.

Allein dieser Vorzug kann praktisch nicht in Wirksamkeit treten. Nämlich weil die einfache Stimmenmehrheit eine Methode mit höherer

Quote als $^1/_2$ ist, so ist es möglich, daß die Stimmen so fallen, daß die zu der Entscheidung in einer gewissen Richtung erforderliche Stimmgewichtsgleichheit (oder -übergewicht) nicht erreicht wird. Die einfache Stimmenmehrheit hat nun das Eigentümliche, daß die Seite, auf welcher die Stimmen höheres Gewicht haben, erst durch die Abstimmung und zwar durch die bei ihr herauskommende Mehrheit bestimmt wird. Wenn daher an Zahl gleichviele Stimmen auf jede der beiden Alternativen fallen, so ist die Stimmgewichtsverteilung nicht bestimmt und es kommt dann aus diesem Grunde zu keiner Entscheidung.

Hierin liegt der Unterschied zwischen der sogen. einfachen Stimmenmehrheit und den Stimmenmehrheiten mit noch höheren Quoten (z. B. $^2/_3$-, $^3/_4$ Mehrheiten). Bei den letzteren ist die Seite, auf welcher das kleinere und auf welcher das größere Gewicht den Stimmen zukommt, nach dem Inhalt der Stimme bestimmt. Das ist bei der einfachen Stimmenmehrheit nicht der Fall: Hier regelt sich erst die Stimmgewichtsverteilung durch die Verschiedenheit der Stimmzahl. Das ist wichtig, denn hierin liegt ein Grund, daß die Wahl durch sogen. einfache Stimmenmehrheit unentschieden bleiben kann und sie also da unbrauchbar wird, wo die Wahl unter allen Umständen für eine Alternative entscheiden muß; da hier nicht entschieden wird, so geschieht weder das der einen, noch das der anderen Alternative Entsprechende. Die einfache Stimmenmehrheit ist also nur anwendbar, wo es nicht notwendig ist, daß eine von mehreren positiven Alternativen aus der Wahl hervorgehen muß.[21])

Wo aber auch die negative Entscheidung möglich ist, fragt es sich nun, ist die einfache Stimmenmehrheit empfehlenswert?

Unsere Antwort beschränkt sich auf den aus dem Wesen der Abstimmungsmethode hervorgehenden Grund. Dieser wird durch die Spalten II und III der Tabelle am Schlusse vor Augen geführt.

Aus den Spalten II ergibt sich der Satz: Je größer der Nenner der Mehrheitsquote ist, um so größer kann das Mindeststimmübergewicht sein und zwar ist das höchste Mindeststimmübergewicht gleich einem Bruche, dessen Nenner der Nenner der Quote und dessen Zähler um eine Einheit kleiner ist, z. B. bei $^3/_4$ Mehrheit $\frac{4-1}{4} = {}^3/_4$, bei $^2/_3$ eben-

[21]) Übereinstimmend Hölder zu § 27 B.G.B.

falls $\frac{3-1}{3} = {}^2/_3$, bei $\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}$, also $\frac{\infty - 1}{\infty} = 1 - \frac{1}{\infty}$. Besonders augenfällig ist aber der Unterschied zwischen der eben besprochenen einfachen absoluten Stimmenmehrheit und der absoluten Stimmengleichheit, welch letzterer höchstes Mindeststimmübergewicht nur $^1/_2$ ist.

Die Spalten III zeigen das Verhältnis, in welchem das Stimmübergewicht zur Gesamtzahl der Stimmen steht.

VI. Über den Begriff der relativen Stimmenmehrheit ist man einverstanden: „Gewählt ist, wer mehr Stimmen erhalten hat, als irgend ein anderer Kandidat für sich allein erhielt".[22]) (Jäger, Kommentar zur K.O. Anm. 2 zu § 94.)

Hat bei noch soviel Stimmenden eine Altenative 2 Stimmen, alle übrigen je eine erhalten, so ist die Alternative, wofür die 2 Stimmen abgegeben sind, gewählt.

Übrigens ist der Ausdruck Stimmenmehrheit auch hier über seinen Wortsinn hinaus dahin zu verstehen, daß auch, wenn keiner die relative Mehrheit, sondern auch, wenn zwei oder mehrere je eine gleiche Stimmenzahl erhalten haben, die höher ist als die der übrigen Alternativen, die Stimmenentscheidung getroffen ist und nun der Ausschlag hinzutritt, um den Gewählten zu bezeichnen.

So gilt auch bei relativer Stimmenmehrheit im Falle des § 94 K.O. dessen Satz 2 des Abs. 2: „Bei Gleichheit der Stimmen entscheidet die Zahl der Gläubiger."[23])

Eine innere Begründung fehlt der sogen. relativen Stimmenmehrheit; sie ist etwas, das nicht viel besser ist, als der reine Zufall oder ein Würfelspiel.

---

[22]) Ganz fehl geht Zacke. Er hat 1. den vorstehenden richtigen Begriff der relativen Mehrheit nicht erwähnt, 2. die von uns oben unter III erwähnten, in Gesetzen nirgends verwerteten Mehrheitsgestaltungen bei mehr als 2 Alternativen als „eigentliche relative Mehrheit" bezeichnet (S. 106) und 3. offenbar eine zufällige Stimmenkonstellation, nämlich eine zufällig da eintretende absolute Stimmenmehrheit, wo sie gesetzlich nicht gefordert war, mit der Bezeichnung uneigentliche relative Stimmenmehrheit belegt (S. 106, aber auch S. 171).

[23]) Hierher gehören ferner § 61 S. 3 und 63 II S. 2 G.B.G. Daß hier relative Stimmenmehrheit gemeint ist, ergibt sich daraus, daß dasselbe Gesetz, wo es absolute Mehrheit fordert, auch ausdrücklich „absolut" zusetzt, so in § 40 V S. 2 und § 198 I.

§ 6.

Beurteilung reichsrechtlicher Abstimmungsfälle.

I. Auch wo nur relative Stimmenmehrheit gefordert wird, kann natürlich eine Alternative die absolute Stimmengleichheit oder -mehrheit erlangen. Allein weil nur zufällig, ist diese Möglichkeit bedeutungslos; die relative Stimmenmehrheit bietet keine Gewähr, daß nicht die aus der Wahl hervorgehende Alternative bei großer Zersplitterung nur mit geringster Stimmenmehrheit als Siegerin hervorgeht, die Wahl ein blindes Spiel des Zufalls wird, das Recht zu heißen, nicht verdient.

Das gilt von der Wahl der Mitglieder des Gläubiger-Ausschusses, § 94^{II} S. 2 K.O. Diese Bestimmung ist abzuschaffen, so daß die Wahl durch absolute Stimmengleichheit nach § 94^{II} Satz 1 und Ausschlag durch die Zahl der Gläubiger nach § 94^{III} zu erfolgen hätte und in Hinsicht auf die notwendige Alternativenbeschränkung wäre das von uns angegebene Verfahren einzuführen.

Den eigentlichen Wahlcharakter verloren hat das Verfahren, durch welches die 8 Schriftführer des Reichstags gewählt werden. § 10 seiner Geschäftsordnung bestimmt: „In einer einzigen Wahlhandlung erfolgt . . . . . nach relativer Stimmenmehrheit die Wahl von 8 Schriftführern . . .“ Hier dringen gleichzeitig mit dem höchst herausgekommenen auch so viele der nächst geringer herausgekommenen durch, daß mit Rücksicht auf die tatsächliche Teilung des Reichstags in Parteien, das Verfahren vielmehr den Charakter einer formalen Einigung annimmt, durch welche es jeder Partei ermöglicht wird, wenigstens einen und wohl nie mehr als zwei Schriftführer aus ihrer Mitte gewählt zu sehen.

Ebenso würde man zu weit gehen, wollte man sich für die Bestimmung des Obmanns der Geschworenen gegen die relative Stimmenmehrheit wenden (§ 304 St.P.O.);[24]) es kommt hier nur darauf an, ein Oberhaupt zu haben, ob unbedingt der Gewählte mindestens 6 der Geschworenen recht war oder ob er durch weniger Stimmen bestimmt ist, darauf kommt es bei seinen geringen und bloß formalen Befugnissen nicht an. Es handelt sich nicht um eine Wahl in dem

[24]) Hierzu z. B. Löwe, Kommentar Anm. 3 zu § 304 St.P.O.

prägnanten, dem Wort in dieser Abhandlung stets beigelegten Sinne, sondern nur um eine Hervorhebung aus der Zahl der übrigen — um der Geschworenenverhandlung eine Gewähr der Ordnung zu geben.

Die Reichsverfassung bestimmt in Art. 7 III, daß die Beschlußfassung des Bundesrats „mit einfacher Mehrheit" geschehen soll. Dieser Ausdruck, den wir im § 251 HGB. als Gegensatz zu ¾-, ⅔-Majorität im Sinne von einfacher absoluter Mehrheit gebraucht fanden, ist hier offenbar im Gegensatz zu „absoluter Mehrheit" gestellt, die im Art. 28 R.V. für Reichstagsbeschlüsse gefordert wird und bedeutet also relative Mehrheit.[25]) Praktisch ist hier die Frage nach absoluter oder relativer Mehrheit nur für die Wahlen zu den Ausschüssen;[26]) indessen bei den sonstigen Geschäften des Bundesrates handelt es sich vornehmlich nur um zwei Alternativen, z. B. ob ein Gesetzesvorschlag angenommen oder abgelehnt werden soll. „Nicht vertretene oder nicht instruierte Stimmen werden nicht gezählt." R.V. Art. 7 III S. 2.

Wie wir früher ausführten, sind überhaupt die sich der Abstimmung enthaltenden, also auch, wenn die Enthaltung aus anderem Grunde als mangelnder Instruktion erfolgte, bei der Feststellung der Gesamtzahl, von welcher die Hälfte als Stimmengleichheit zu nehmen ist, nicht mitzurechnen. Wenn so allein die Summe der für jede der beiden allein zur Wahl stehenden Alternativen abgegebenen Stimmen jene Gesamtsumme, nach der sich die Stimmengleichheit bestimmt, ausmacht, so muß entweder eine Alternative die absolute Stimmenmehrheit oder es müssen beide die absolute Stimmengleichheit erhalten haben, in welch letzterem Falle der Ausschlag hinzutritt.

---

[25]) Staub, Kommentar III. und IV. Aufl., § 10 zu Art 209a H.G.B.; Laband S. 246 entscheidet sich nicht, allein wie sich aus dem Text ergibt, halten wir eine Entscheidung auch nicht für notwendig, da für die Wahlen zu den Ausschüssen die Geschäftsordnung des Bundesrats besonderes bestimmt.

[26]) Darüber enthält die Geschäftsordnung folgende unverständliche Bestimmung nach Labands Zitat S. 250: „Für die Wahl gilt prinzipiell das Erfordernis der absoluten Stimmenmehrheit; ergibt sich dieselbe bei der ersten Abstimmung nicht, so findet eine zweite Wahl statt, bei welchen die relative Stimmenmehrheit . . . entscheidet." Aber wenn in der ersten Wahl keine absolute Mehrheit erreicht ist, so ist doch durch sie schon festgestellt, wer die relative Mehrheit erhalten hat; wozu die zweite Wahl?

II. Die einfache (absolute) Stimmenmehrheit.

1. Fälle, in denen eine negative Entscheidung möglich ist.

a) Die Reichsverfassung sagt über die Abstimmung im Bundesrat in Art. 7 III S. 3: „Bei Stimmengleichheit gibt die Präsidialstimme den Ausschlag.“ Bundespräsidium ist Preußen. Führt also z. B. Bayern bei Abwesenheit der preußischen Bundesratsbevollmächtigten den Vorsitz, so gäbe hiernach Bayerns Stimme nicht den Ausschlag. „denn die Präsidialstimme ist nicht identisch mit der Stimme des **Vorsitzenden im Bundesrate**, sondern mit der Stimme des **Bundespräsidiums**, d. i. Preußens.[27])

Nach diesen Erwägungen müßten wir einen Wechsel in der Stimmweise annehmen, je nachdem Preußen oder ein anderer Staat den Vorsitz im Bundesrate führt; ersterenfalls hätten wir die Entscheidungsgrenze bereits bei der absoluten Stimmengleichheit erreicht und der Ausschlag würde durch die Stimme Preußens gegeben; im zweiten Falle wäre für den Fall der Stimmengleichheit ein Ausschlagskriterium nicht bestimmt, es läge also Unentschiedenheit vor, der Vorschlag hätte keinen Erfolg gehabt; nur durch eine Mehrheit, die allerdings nur eine Stimme zu betragen brauchte, könnte der Vorschlag angenommen sein, wir hätten also Stimmenmehrheit zu $\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}$ zu fordern.

Kann man dem Gesetz einen solchen Sinn geben, als habe man dadurch Preußen einen Vorzug verleihen, einem anderen Staat diesen neiden wollen? Der so geschaffene Vorzug würde für Preußen — nach der Wahrscheinlichkeit berechnet, unter welchen Konstellationen es gerade durch sein Ausschlagsrecht und nicht bereits durch sein starkes Stimmgewicht von 17 die Entscheidung herbeiführte — als verschwindend geringfügig sich herausstellen, für jeden anderen Staat freilich um etwas höher, je geringer sein Stimmgewicht ist; allein welches Interesse besteht in einem kaum einmal[28]) und nicht ohne Preußens Willen vorkommenden Fall, einem anderen Staate als dem

[27]) Laband I § 30 Anm. 2 (S. 246); Arndt in Birkmeyers Enc. 825; auch Seydel, Kommentar zu Art. 6 R.V. S. 134.

[28]) Mohl, Reichsstaatsrecht S. 236. Laband Bd. 1 § 30 S. 275 Anm. 1 (1. Aufl.) erwähnt einen Fall. Seydel im Kommentar zu Art. 15 R.V. S. 169.

Präsidialstaat den Ausschlag zu versagen.[29]) Wir erblicken in der Hervorhebung des Ausschlagrechtes für die Präsidialstimme nur die Regelung für den gewöhnlichen Fall, während die Regelung des Falles der Vertretung des Präsidialstaates der Analogie überlassen ist.[30])

b) Es wird überall als der Stimmenmehrheit entsprechend angenommen, daß bei Stimmengleichheit der Antrag nicht angenommen, die gestellte Frage nicht bejaht sei. Allein nach § 307 II St.P.O. gilt für die Abstimmung der Geschworenen über die mildernden Umstände das Gegenteil: „Sind mildernde Umstände vorhanden"? — Die Frage ist bereits durch Stimmengleichheit im bejahenden Sinne entschieden. Die mildernden Umstände sind aber kein an sich den betreffenden Verbrechen anhaftender Bestandteil, so daß die Positive ihre Ausschließung wäre, sondern sie werden erst durch die Abstimmung zur Wirkung gebracht.

Hiermit setzt sich die Strafprozeßordnung in Widerspruch, indem sie der Regelung der Abstimmung die Verneinung der mildernden Umstände zu Grunde legt. Tatsächlich ist so von dem Obmann der Geschworenen folgendes Verfahren zu verlangen: er läßt über die Frage „sind mildernde Umstände vorhanden?" abstimmen, zählt hier die Stimmen für „Nein", prüft, ob diese mehr als 6 betragen. Sind es 6 oder weniger Stimmen mit Nein, so schreibt er das Ja hinter die Frage.

In Wahrheit haben wir es hier mit einer Entscheidung durch Stimmengleichheit mit Ausschlag für die dem Angeklagten günstigen Stimmen zu tun.

Eine neue Strafprozeßordnung wird nicht die Prinzipien, die $^2/_3$ und die einfache Stimmengleichheit, durch ein „mehr als 7 Stimmen" bei Bejahung einer dem Angeklagten nachteiligen Frage und ein „mehr als 6 Stimmen" bei Verneinung der mildernden Umstände ohne Grund ins Dunkel stellen, sondern wird klar und schlicht sagen:

---

[29]) Somit erscheint es unbegründet, wenn Seydel (Komm. Nr. VI a. E. zu Art. 7) der Mohlschen Ansicht (Deutsches Reichsstaatsrecht S. 236), daß auch der vertretende Staat den Ausschlag gebe, den Vorwurf der politischen Sinnlosigkeit macht.

[30]) Mithin ist die Mohlsche Ansicht (s. vorige Anm.) zu billigen, aber freilich nicht ihre Begründung, die offenbar Präsidialstimme als Stimme des in concreto vorsitzenden Staates nimmt.

„Bei jeder dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung ist anzugeben, daß sie mit nicht weniger als 8 Stimmen,[31]) bei Zubilligung mildernder Umstände, daß diese mit nicht weniger als 6 Stimmen geschehen sei.“[31a])

2. Fälle, in denen negative Entscheidung nicht möglich ist.

a) § 260 H.G.B. sagt über die Aktiengesellschaft: „Die Generalversammlung beschließt über die Genehmigung der Jahresbilanz“.

Hierzu bemerkt Staub (im Komm. Anm. 1): „Die Generalversammlung kann nicht bloß die Bilanz genehmigen, sondern kann sie natürlich auch ändern“. Würde man hier die Frage so stellen: „Wird die Bilanz genehmigt?“ und es ergäbe sich Stimmengleichheit, so wäre nach § 251 H.G.B. und Staubs eigener Meinung (Komm. Anm. 1 zu § 251) die Genehmigung abgelehnt. Hierauf wird die Frage über den streitigen Bilanzposten gestellt: „Soll das . . . . konto mit p Mark (anstatt mit r Mark) in die Bilanz eingestellt werden?“ Dieselben, die bei der Bilanzgenehmigung mit „Nein!“ gestimmt haben, stimmen hier mit „Ja!“; also wiederum Stimmengleichheit, und so ist auch die Änderung der Bilanz abgelehnt. Auch die Zusammenziehung beider Fragen schafft keine Abhilfe, denn wie sollte dann der Streit um die Fassung der Frage entschieden werden?

Die Lösung ist die Einsicht, daß wir es hier in Wahrheit mit der Wahl zwischen zwei positiven Alternativen zu tun haben: „Soll die Bilanz mit dem vorgelegten Inhalt π oder in dem so und so abgeänderten ρ festgestellt werden?“ Mehr als zwei Alternativen brauchen sich nie gegenüber gestellt zu werden; denn wäre ein Teil der Aktionäre z. B. mit dem Gebäudekonto, ein anderer mit dem Warenkonto (oder gar mit verschiedenen Posten in ein und demselben Konto) unzufrieden, so würde jene Frage mehrmals gestellt, indem die einzelnen Beträge jedes streitigen Kontos (oder Postens) nacheinander an die Stelle von p und r eingesetzt würden.[32])

[31]) So lautete, wie ich aus der Begründung z. R.M.St.G.O. in den Anlagen zu den stenogr. Berichten des Reichstags 1897/98 S. 143 ersehe, bereits die bayerische Militärstrafprozeßordnung.

[31a]) Ganz entsprechend hat neuerdings Winkler (im „Recht“ 1903 Nr. 12 S. 305 unter 2) seinen Reformvorschlag für die Schwurgerichte formuliert.

[32]) Angriffe verschiedener Aktionärgruppen auf ein und dasselbe Konto (oder Posten) würden nach der Stimmzuzählungsmethode — in maiore est

So bedarf es hier keiner Beschränkung auf die Zweizahl. Erhielten wir Stimmengleichheit, so müßten wir ein Ausschlagskriterium anwenden. Da das Gesetz es versäumte, es uns unmittelbar zu geben, so müssen wir zur Analogie greifen.

Außer auf das Stimmgewicht der Aktionäre, wie es durch ihre Aktienbeträge bestimmt wird, hat das Gesetz in dem § 196^IV H.G.B. auch die Zahl der Aktionäre Rücksicht genommen. Wir teilen daher der Seite, auf welcher die meisten Aktionäre sich befinden, den Ausschlag zu. Wäre auch die Zahl der Aktionäre gleich, so dürfte zu Gunsten der vorgelegten Bilanz schon aus dem Grunde ihres Vorhandenseins, mehr noch, weil sie von Organen aufgestellt ist, denen wenigstens einst die Gesellschaft volles Vertrauen schenkte, der Ausschlag den sie erhaltenden Stimmen zu geben sein.[33])

b) Beschränkung der Zahl der positiven Alternativen vor der endgültigen Abstimmung.

α) § 12^I S. 3 des Reichstagswahlgesetzes vom 11. Mai 1869 sagt: „Stellt bei einer Wahl eine absolute Stimmenmehrheit sich nicht heraus, so ist nur unter den zwei Kandidaten zu wählen, welche die meisten Stimmen erhalten haben“.

Einerlei also, wieviel Kandidaten ursprünglich zur Wahl standen, es werden sofort alle ausgeschieden außer den beiden mit höchster Stimmenzahl. Nicht erst des Vergleichs mit unserem früher dargestellten korrekten Verfahren bedarf es, um den Nachteil zu erkennen: bei starker Zersplitterung ist es möglich, daß gerade mehrere einander nahestehende Kandidaten ausfallen, indessen Kandidaten, von denen ein einzelner nicht ein oder dem anderen ausgefallenen an Sympathie unter den Wählern gleichkommt, in die engere Wahl und zum Siege gelangen.

β) § 9^III der Geschäftsordnung des Reichstags, berichtigt am 10. Februar 1876,[34]) bestimmt für die Präsidentenwahl: „Hat sich eine absolute Mehrheit nicht ergeben, so sind diejenigen fünf Kandidaten,

---

minus — ebenfalls in einem Wahlgang die absolute Stimmengleichheit oder -mehrheit erreichen.

[33]) Die Konkursordnung § 94 findet es in ihrem ganz entsprechend liegenden Falle auch für diese äußerste Möglichkeit Fürsorge zu treffen gar nicht mehr nötig.

[34]) Abgedruckt in Hirths Annalen des Deutschen Reichs von 1877 S. 489 ff., sowie bei Perels S. 107 ff.

welche die meisten Stimmen erhalten haben, auf eine engere Wahl zu bringen. Wird auch bei dieser Wahl keine absolute Mehrheit erreicht, so sind diejenigen beiden Kandidaten, welche die meisten Stimmen in der engeren Wahl erhalten haben, auf eine zweite engere Wahl zu bringen. . . . ."

Wir sehen hier, es wird eine Etappe eingeschoben zwischen der ersten und der endgültigen Wahl, also eine Annäherung in der Richtung nach unserem korrekten Verfahren, aber hier ist nur ein Bruchstück und darum Willkür.

γ) Wir wenden uns wieder zur Reichstagswahl und betrachten einen anderen Punkt von ihr, nämlich den Fall, daß im ersten Wahlgang ein Kandidat die absolute Stimmengleichheit erlangt, also z. B. die Kandidaten A 10213, B 8490 und C 1723 von den gesamten 20426 gültigen Stimmen erhalten. Nach dem unter α angeführten Wortlaut des § 12 des Reichstagswahlgesetzes: „Stellt eine absolute Stimmenmehrheit sich nicht heraus", hätte engere Wahl stattzufinden. Allein die von uns nachgewiesene Idee der Wahl ist soweit verwirklicht, als eine Alternative soviel Stimmen erhalten hat, als alle übrigen zusammen. Hier dennoch die Stichwahl eintreten zu lassen, ließe sich nur darauf stützen, daß ja die Möglichkeit denkbar sei, daß alle die Stimmen, die auf die übrigen Alternativen gefallen seien, sich im zweiten Wahlgang auf eine von diesen vereinigen könnten und so unter der Voraussetzung, daß die aus dem ersten Wahlgang mit absoluter Stimmengleichheit hervorgegangene Alternative wieder gerade dieselbe Stimmenzahl erreichte, im zweiten Wahlgange so Stimmengleichheit eintreten und infolgedessen das Los den Ausschlag auch noch zu ungunsten des aus dem ersten Wahlgange mit Stimmengleichheit hervorgegangenen Kandidaten geben könnte.

Diese einzige Möglichkeit für einen im ersten Wahlgange in der Minderheit gebliebenen Kandidaten, in einem zweiten Wahlgang zu siegen, ist um so ungeeigneter, die Vornahme eines solchen zu rechtfertigen, als der Sieg nur durch das Los erlangt werden könnte. Denn die allerdings außerdem bestehende Möglichkeit, daß in der Zahl der überhaupt Abstimmenden eine zufällige Änderung eintreten und schon hierdurch eine andere Konstellation als im Beispielsfalle gerade 10213 gegen 10213 herbeigeführt werden könne, wäre eine eines

Gesetzes unwürdige Spekulation auf den Zufall; ein Gesetz darf nur Einrichtungen schaffen, die eine Gewähr für den Erfolg bieten.[35])

Nach unserer Konstruktion der Stimmenwahl (§ 5 I—IV) ist hier schon im ersten Wahlgang die endgültige Entscheidung gefallen, denn für uns ist die Stimmengleichheit die Entscheidungsgrenze.

Aus unserer Konstruktion der hergebrachten absoluten Stimmenmehrheit $\left(\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}\right.$, § 5 unter V$\left.\right)$ hat sich ergeben, daß diese allerdings in ihrem Wortsinn durchführbar ist da, wo eine negative Entscheidung möglich ist. Das ist bei der Reichstagswahl nicht der Fall, aber man hat ja bislang beide Fälle nicht auseinander gehalten. Und so ergiebt sich für die Beurteilung des § 12^{II} cit:

Der Gesetzgeber hat zwar den Gedanken, daß stets eine Entscheidung für eine positive Alternative getroffen werden müsse, nicht verkannt, aber in der Konstruktion des hierfür geeigneten Abstimmungsmodus ist ihm aus dem System, das allein bei Möglichkeit negativer Entscheidung durchführbar ist, der Gedanke der Stimmenmehrheitsentscheidung hineingekommen.

Wir aber haben das im Gesetz zu klarem Ausdruck gekommene Ziel zu verwirklichen, und nicht dieses, indem wir uns an einen Irrtum bei dessen Darstellung im Gesetze klammern, zu vereiteln:

Wer im ersten Wahlgange absolute Stimmengleichheit neben mehreren Kandidaten mit geringeren Stimmenzahlen erreicht, ist Reichstags-Abgeordneter!

d) Der § 32 B.G.B. bestimmt: „Bei der Beschlußfassung — des Vereins — entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder.“ Hölder[36]) bemerkt hierzu mit Recht: „Doch ist diese Bestimmung nur anwendbar auf solche Beschlüsse, durch die ein bestimmter Vorschlag entweder angenommen oder abgelehnt wird.“ Er hebt aber neben solchen Fällen die Wahlen hervor, bei denen es sich um eine größere Anzahl als zwei Möglichkeiten handele. „Auf Wahlen wäre jener Rechtssatz nur anwendbar in Verbindung mit einer ergänzenden Bestimmung darüber, was zu geschehen hat, wenn absolute Mehrheit

[35]) Hölder, Kommentar, Anm. 2. zu § 27 B.G.B. abgedruckt unter [8] a. A.
[36]) Kommentar, Anm. 2 zu § 27 B.G.B.

sich nicht ergibt. Ohne eine solche Bestimmung ist die Forderung absoluter Mehrheit nicht durchführbar, weil eine Wiederholung der Wahlhandlung in Ermangelung besonderer dafür gegebener Bestimmungen keine Gewähr dafür gibt, daß durch dieselbe jenes Ziel eher erreicht werde, als durch die erste Wahl." Hölder findet darum bei Wahlen keinen anderen Ausweg, als daß „ein Übergewicht über alle anderen die Willensmeinung habe, die eine größere Zahl von Stimmen für sich hat, als jede andere."

Wir sehen, in der Begrenzung der Verwendbarkeit der eigentlichen absoluten Stimmenmehrheit kommt Hölder vollständig mit uns überein, ebenso erkennen wir seine Ablehnung einer Wiederholung der Wahl an, indem man auf einen zufälligen anderen Ausfall rechne. In Gegensatz aber müssen wir zu Hölder treten, insofern er keinen anderen Ausweg als die relative Stimmenmehrheit für die Wahl sieht. Zwar steht der § 94^{II} K.O. Hölder zur Seite, aber wir mußten dem Satz 2 dieses § 94^{II} die ratio versagen[87]) und können also keine Analogie anerkennen. Unsere Beurteilung des § 32^{I} S. 2 B.G.B ist folgendermaßen.

Die Bestimmung führt in Ansehung ihrer Form — insbesondere weil kein Kriterium für Stimmengleichheit gegeben ist — nicht die einfache absolute Mehrheit ein, sondern die Mehrheit von $\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}$, die allerdings des Ausschlages, wie unter § 5^{V} ausgeführt ist, nicht benötigt. Der Gedanke des Gesetzes ist aber, da diese Mehrheit in ihrem Wesen bisher unbekannt war, die Idee der Stimmenentscheidung im richtigen Sinne, nämlich die absolute Stimmengleichheit; das ergibt sich daraus, daß die Bezeichnung Stimmenmehrheit auch auf Verhältnisse angewandt wird, wo auch bisher schon stets die absolute Stimmengleichheit bereits entscheidend war, so grundsätzlich[88]) bei der Reichstagswahl, ferner bei der Tatbestandsberichtigung beim Fehlen eines Richters, für die Abstimmung der Konkursgläubiger (§ 94 K.O.). Wir haben nachgewiesen, daß der Gedanke der absoluten Stimmengleichheit der einzig richtige, insbesondere zunächst im Gegensatz zur sogen. relativen Stimmenmehrheit ist, und berücksichtigen zuvörderst

[87]) Oben § 6 unter I.

[88]) Ausnahme: nur die oben unter γ besprochene.

allein den Fall der Wahlen. Unserer Ansicht entsprechend herrscht hier die Notwendigkeit, die absolute Stimmengleichheit zu fordern. Ihrer Durchführung scheint sich freilich das Bedenken entgegenzustellen, daß „nicht angegeben ist, was zu geschehen hat, wenn absolute Stimmenmehrheit sich nicht ergibt," da die Erreichung der absoluten Stimmenmehrheit nur dann sicher ist, wenn von vornherein bloß zwei Alternativen vorhanden waren oder wenn bei einer größeren Anzahl sie bis auf zwei beschränkt würden. Man kann nun sofort alle Alternativen bis auf zwei ausscheiden: so geschieht es bei der Reichstagswahl, oder man könnte das von uns beschriebene korrekte Verfahren mit allmählicher Weglassung der Alternativen mit niedrigster Stimmsumme anwenden.

Wir entscheiden uns für das letztere, zumal da der Vorzug, den man für das der Reichstagswahl analoge anführen könnte, nämlich, daß diesem eben die Analogie Stütze böte, ebensogut dem ersteren zukommt. Wir finden nämlich die Idee des von uns dargestellten Systems bereits verwirklicht in dem § 198^{II} und ^{III} der Strafprozeßordnung und ausgedehnter noch im § 322^{II} der Reichsmilitärgerichtsordnung — wie wir alsbald nachzuweisen hoffen.

Anwendbar indessen bleibt der § 32 B.G.B. in der Auffassung als Stimmenmehrheit zur Quote $\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}$ da, wo die negative Entscheidung möglich ist. Bei Stimmengleichheit ist die Sache unentschieden, ein gestellter Antrag nicht durchgedrungen.

ε) Fälle, die entsprechend wie δ zu entscheiden sind.

aa) Das Handelsgesetzbuch erfordert im § 251^{I} für die Beschlüsse der Generalversammlung die einfache absolute Stimmenmehrheit und läßt nur vertragliche Erschwerungen dieser Stimmart zu; hieran schließt es den Abs. II:

„Für Wahlen können im Gesellschaftsvertrage andere Bestimmungen getroffen werden."

Fragen wir aber, was denn für Wahlen gelte, wenn keine Bestimmungen im Vertrage getroffen sind, so antworten wir, wie Hölder in bezug auf § 32 B.G.B., daß man mit dem Erfordernis der absoluten Mehrheit, sowie sie gemeint erscheint, nämlich als in einem Wahlgange zu erreichen, bei Wahlen nicht auskomme. Keinesfalls

könnte man aber hier, wie Hölder bei § 32, seine Zuflucht zur relativen Mehrheit nehmen, denn in dem Abs. 1 § 251 stellt das Gesetz unzweideutig die absolute Mehrheit als die mindeste Anforderung auf, relative Mehrheit aber wäre eine erleichterte Stimmart.[39])

Für uns ist die Frage von selbst gelöst: wir erkennen die relative Mehrheit als ernstliche Stimmenwahl nicht an, sondern nur die absolute; freilich nur nicht gerade die absolute Mehrheit, sondern an ihrer Stelle die absolute Stimmengleichheit. Haben 2 Alternativen gerade diesen Schwebepunkt erreicht, so tritt der Ausschlag zu gunsten der Seite ein, auf der an Zahl die meisten Aktionäre sind. Wären auch diese Zahlen gleich, so dürfte dann der Ausschlag dem Looſe anheim zu geben sein, da ein zuverlässiges angemesseneres Ausschlagskriterium sich hier nicht erspähen läßt.

bb) In der Reichsschuldenkommission befinden sich 3 Mitglieder des Reichstags. Das Bundesgesetz vom 19. Juni 1868 (Bundesgesetzbl. S. 340) bestimmt in § 5:

„Die aus dem Reichstage zu ernennenden Mitglieder der Kommission werden mit absoluter Stimmenmehrheit . . . . gewählt.“ Wie aber, wenn sich bei der Wahl im Reichstage keine absolute Mehrheit ergibt? — Keine Frage, daß die Wahlmethode der §§ 54ff. der Geschäftsordnung des Reichstags, welche nur auf die Entscheidung zwischen einer positiven Alternative und der Negative gerichtet ist, hier nicht anwendbar ist. In dem jetzigen Falle könnte man schwanken, ob die für die Reichstagswahl angegebene Weise der sofortigen Beschränkung auf 2 positive Alternativen analog anzuwenden sei, oder nicht hier der § 9^{III} der Geschäftsordnung, der für die Wahl des Reichstags-Präsidenten gilt, näher läge. Gegen die analoge Erstreckung dieses § 9 spricht, daß die engere Wahl mit fünf positiven Alternativen eine durch garnichts zu rechtfertigende Willkür ist, die sich zwischen den beiden Arten der Alternativenbeschränkung hält: unbestimmt viele engere Wahlen unter jedesmaliger Weglassung des mit der geringsten Stimmenzahl herausgekommenen, oder der Methode der Reichstagsstichwahl mit sofortiger Beschränkung auf zwei positive Alternativen.

Wir halten dafür, daß auch hier die Wahl nach der Methode der korrekten Alternativenbeschränkung (§ 5^{IV} u. unten unter d) zu vollziehen sei.

---

[39]) Durch Vertragsbestimmung freilich hätte sie eingeführt werden können; vergl. Staub, Kommentar Anm. 3 zu § 251 H.G.B.

c) Reduktion der Alternativen auf zwei erst nach erfolgter Abstimmung.

α) § 198III des Gerichtsverfassungsgesetzes sagt:

> Bilden sich in einer Strafsache, von der Schuldfrage abgesehen, mehr als zwei Meinungen, deren keine die Mehrheit für sich hat, so werden die dem Beschuldigten nachteiligsten Stimmen den zunächst minder nachteiligen so lange hinzugerechnet, bis sich eine Mehrheit ergibt.

§ 322II der Reichsmilitärstrafgerichtsordnung lautet: Bilden sich bei einer Abstimmung mehr als zwei Meinungen, von denen keine die Mehrheit für sich hat, so werden die dem Angeklagten nachteiligsten Stimmen den zunächst minder nachteiligen so lange hinzugerechnet, bis sich nach Vorschrift des ersten Absatzes eine Entscheidung herausstellt . . ."

Beide Gesetze stimmen zunächst darin überein, daß bei der Abstimmung über die Straffrage die Zusammenzählung so lange fortgesetzt wird, bis die absolute Mehrheit für eine Strafe erreicht ist. Ist dies der Fall, so ist die zwischen „mehr als zwei Meinnngen" schwankende Abstimmung auf bloß zwei Alternativen beschränkt, nämlich diejenige, welche durch das Zusammenzählen die absolute Mehrheit erhalten hat, und die übrigen auf geringere Strafe gehenden Meinungen, weil diese nur insofern in Betracht kommen, als sie die siegende Meinung negieren.

Im Gegensatz zu dem zivilen Strafverfahren läßt die Militärstrafgerichtsordnung auch die Zusammenzählung bei der Schuldfrage[40]) stattfinden, so lange bis die hier erforderliche Mehrheit erreicht ist.[41])

---

[40]) Dieses Zusammenzählungsverfahren fordert eine andere Art der Abstimmung, als sie im bürgerlichen Strafprozeß üblich ist, darüber unter d.

[41]) A. A. v. Koppmann, Kommentar zur R.M.St.G.O. zu §§ 322, 323: „Abs. 2 des § 322 hat wohl nur auf die Abstimmung über die Straffrage Bezug, jedenfalls nicht auf die Schuldfrage, deren Abstimmung § 323 regelt." Hiergegen ist zu bemerken: 1. § 323 ist erst durch die Reichstagskommission dem Gesetz als § 309e einverleibt worden. In dem Entwurfe (Sten. Ber. 9. Leg.-Per. 5. Sess. Anlagen S. 113) befand sich nur der mit § 322 identische § 309. Da nach diesem für Schuld- und Straffrage Stimmenmehrheit genügt, so war der nur bei Verschiedenheit des Abstimmungsmodus eintretende äußere Anlaß zur Trennung nicht vorhanden. 2. Auch kein inneres Erfordernis der Trennung ist vorhanden, denn a) Rücksicht auf den Satz in dubio

Diese Bestimmung entspricht allein der Idee der Stimmenscheidung, denn Stimmentscheidung ist Willkür, darum müssen wir nur den äußersten Punkt — das letzte Resultat zur Entscheidung überlassen. So würde die auf keine andere Erwägung Rücksicht nehmende Stimmentscheidung im Strafverfahren nur auf die eine Frage zu richten sein: Wie hoch soll die Strafe des Angeklagten sein? und auf diese Frage müßte dann selbstverständlich auch die Antwort „Null“ zulässig sein.

Indessen soweit gelangt die Reichsmilitärstrafgerichtsordnung infolge des durch die Reichstagskommission hineingebrachten § 323 nicht, aber im Vergleich zum zivilen Strafverfahren ist sie der konsequenten Gestaltung der Abstimmung näher. Der Lohn hierfür tritt in der Vermeidung der folgenden, an einem Beispiele zu zeigenden materiellen Ungerechtigkeit hervor. Zwei Richter halten den Angeklagten des versuchten Raubes nach § 249 St.G.B., drei des Notzuchtsversuchs nach § 176 St.G.B. schuldig. Wird zuerst über Raubversuch, dann über Notzuchtsversuch abgestimmt,[42]) so kommt für keine Frage die $^2/_3$-Mehrheit zu stande. Er würde freizusprechen sein.

---

pro reo schlägt nicht durch, denn wenn die erforderte Mehrheit der Richter überhaupt strafen wollte, so genügt dies, mochten die Gründe der Richter verschieden sein, so geht dies den Angeklagten nur soweit an, als er vielleicht wegen Rechtsirrtums in der Berufungs- oder Revisionsinstanz die Aufhebung des Urteils zu erlangen vermag. b) Dem Wesen der Abstimmung nach darf nur das letzte Resultat zur Entscheidung gestellt werden. 3. Exegetisch: § 322 enthält die Klausel, „welche die Schuldfrage betrifft,“ will man Abs. II § 322 auf die Straffrage beschränken, so müßte man gleiches für dessen Abs. I (aber § 409 IV und v. Koppmann Anm. 4 zu §§ 322, 323), ja für § 321 behaupten! 4. Historisch: a) in dem sonst vorbildlichen § 198 III steht die Klausel „von der Schuldfrage abgesehen,“ warum nicht in § 322 II R.M.St.G.O.? Grund: b) offenbar ist für die Weglassung der Unterscheidung die Preußische M St.G.O. ebenso vorbildlich gewesen, wie sie es für die Normierung des Abstimmungsmodus im Entwurf (stets einfache, nie $^2/_3$-Mehrheit) war. Im § 142 Pr.M.St.G.O. ist aber ausdrücklich für die Abstimmung sowohl über die Strafbarkeit als über Art und Maß der Strafe festgesetzt, daß die Stimme für die härteste Strafe der nächst gelinderen so lange beizuzählen ist, bis unbedingte (= absolute) Stimmenmehrheit vorhanden ist (vergl. auch § 138: „ob zu bestrafen“ = „Strafbarkeit“; alles dies wird durch das R.S. des Pr.Gen.Aud. vom 30. November 1880 bei Solms, Strafrecht und -Prozeß für Heer Nr. 3 zu § 38 nicht berührt).

[42]) Denn die Schuldfrage kann nur in Beziehung auf ein bestimmtes Strafgesetz gestellt werden; es ist nicht statthaft, zunächst darüber abzustimmen,

Anders nach der R.M.St.G.O.; nach ihr würden die beiden auf versuchten Raub lautenden Stimmen denen für Notzuchtsversuch zuzuzählen sein und so wäre der Angeklagte dieses letzteren, als des leichteren Delikts, schuldig zu erkennen.[43])

β) In voller Kongruenz mit allem unter α Gesagten, sich aber nur auf dem § 198^III G.V.G. entsprechende Verhältnisse beschränkend, ebenfalls insbesondere sich rein aus der Logik ergebend und daher selbstverständlich,[44]) sagt Abs. II § 198 G.V.G.:

> Bilden sich in Beziehung auf Summen, über welche zu entscheiden ist, mehr als zwei Meinungen, deren keine die Mehrheit für sich hat, so werden die für die größte Summe abgegebenen Stimmen den für die zunächst geringere abgegebenen so lange hinzugerechnet, bis sich eine Mehrheit ergibt.

d) Die Folgerichtigkeit des unter c geschilderten Verfahrens tritt besonders hervor in der jetzt aufzuzeigenden Identität der Methode des Zusammenzählens der nach ihrem Inhalt sich nahestehenden Stimmen und dem System der engeren Wahlen in der von uns schon beschriebenen korrekten Gestalt.

Nämlich auch die Idee der engeren Wahlen ist, daß der Wähler, dessen Kandidat in dem ersten Wahlgange nicht siegte, für dasselbe Ziel, das er durch den ersten Kandidaten gefördert zu sehen hoffte, immerhin auch in zweiter Linie bei einem anderen Kandidaten Förderung zu finden glaubt, und so weiter in dritter Linie wieder durch einen anderen und so fort. Ein Unterschied besteht nur darin, daß im Falle der Reichsmilitärstrafgerichtsordnung die eventuell gewollte Alternative objektiv feststeht oder wenigstens feststellbar ist, — für letzteres: Satz 2 § 322^II — im Falle der Wahl eines Menschen aber nicht. Allein dieser Unterschied läßt sich dadurch beseitigen, daß man im letzteren Falle dem Wähler aufgibt, von vornherein bei der Wahl

---

ob der Beschuldigte überhaupt einer strafbaren Handlung schuldig sei und sodann darüber, welches Strafgesetz er verletzt habe." Löwe-Hellweg, Kommentar CB. zu § 197 St.P.O. (9. Aufl.). So nach dem bürgerlichen Strafprozeßrecht.

[43]) Würde es sich um Notzucht nach § 177, also um ein gleich schweres Delikt handeln, so würde der Schuldspruch alternativ lauten.

[44]) v. Kries, Strafprozeßrecht S. 448 (§ 55^IV).

auch anzugeben, wen er in 2., 3., 4. Linie — oder wieviel man noch weiter für nötig hält, — wähle.

Beispiel: 7 Wähler W_1, W_2, . . W_7 und 4 Kandidaten C_1, C_2, C_3, C_4.

Es wählen:

	W_1	W_2	W_3	W_4	W_5	W_6	W_7
in erster Linie den	C_3	C_4	C_1	C_2	C_1	C_1	C_2
in zweiter „ „	C_1	C_2	C_3	C_4	C_3	C_3	C_4
in dritter „ „	C_2	C_3	C_2	C_3	C_2	C_2	C_3

In erster Linie, entsprechend dem ersten Wahlgange, hat C_1 mit 3 Stimmen nicht die absolute Stimmengleichheit erlangt, C_3 und C_4 haben die wenigsten Stimmen erhalten, also scheiden C_3 und C_4 aus der Wahl aus und es treten als Stimmen des W_1 und W_2 die von ihnen in zweiter Linie abgegebenen Stimmen für C_1 bezw. C_2 in Wirkung, es haben nun Stimmen;

$$C_1 \quad 3+1$$
$$C_2 \quad 2+1$$

Also ist C_1 gewählt.[45])

Diese Abstimmungsart brächte uns zugleich ein natürlicheres Kriterium für den Fall der Stimmengleichheit mit als das Loos; es

[45]) Zweifel tritt ein, wenn W_3 in erster Linie den C_3 und in zweiter den C_1 gewählt hätte. Nachdem dann zunächst C_4 ausgefallen, bliebe unzweifelhaft C_2 in der Wahl, denn er hätte aus der 1. Linie 2, aus der 2. Linie die eine Stimme des W_2, also insgesamt 3. Nun hätte, wie wir früher sagten, eine Zwischenwahl zwischen C_1 und C_3 darüber stattzufinden, wer in der Wahl bleiben dürfe. Diese Zwischenwahl ist aber bei der jetzt eingeschlagenen Abstimmungsmethode nur eine Feststellung aus den bereits vollständig vorliegenden Stimmäußerungen der verschiedenen Linien. Es fielen:
auf C_1: aus erster Linie 2 Stimmen (W_5, W_6), aus zweiter keine, aus dritter keine
„ C_3: „ „ „ 2 „ (W_1, W_3), „ „ „ „ „ 3 (W_2, W_3, W_7)

Mithin schiede C_1 aus. Die Wahl zwischen C_2 und C_3 ergäbe:
für C_2 aus erster Linie: 2 (W_4, W_7) aus zweiter Linie 1 (W_2), zusammen 3 Stimmen
„ C_3 „ „ „ 2 (W_1, W_3) „ „ „ 2 (W_5, W_6) „ 4 „
Somit wäre C_3 gewählt.

würde nämlich dann derjenige den Ausschlag erhalten, der zuletzt im Vorsprung sich befand und gerade am Ende noch eingeholt wurde.

Unsere Behauptung der Identität der Abstimmung nach dem System der engeren Wahlen mit derjenigen nach der Reichsmilitärstrafgerichtsordnung gebietet uns, noch die Umkehrung nachzuweisen, nämlich die letztere auf die erste zurückzuführen. Wir müssen also die üblichen mehreren Abstimmungen in Strafsachen auf eine einheitliche Abstimmung zurückführen, freilich mit der Einschränkung, daß hiervon nur die Rede sein kann, wofern der Gegenstand der verschiedenen Abstimmungen eine Einheit bildete; das ist aber insbesondere nicht der Fall:

α) bei Strafausschließungs- oder -erhöhungsgründen, die auf Tatsachen sich gründen, die von der Tat selbst zeitlich getrennt sind[46]) (z. B. St.G.B. § 163: Widerruf einer fahrlässigen falschen eidlichen Aussage, die den Rückfall begründenden Bestrafungen). Gleiches würde von ebenso gestalteten Strafminderungsgründen gelten, wenn es solche gäbe.

β) Bei den Abstimmungen des Revisionsgerichtes über mehrere Revisionsgründe.[47])

Wenn wir uns nun vorerst auf den Standpunkt stellen, daß die Schuldfrage nur in Hinsicht auf ein bestimmtes Vergehen gestellt werden könne und behaupten, es müsse ohne Ausnahme durch ein einziges Verfahren abgestimmt werden, so glauben wir mit der herrschenden Meinung nur im äußeren scheinbaren Gegensatz, in Wahrheit uns im Einklang zu befinden.

Je schwerer die Schuld eines Angeklagten ist, um so größer ist die Zahl der strafrechtlich erheblichen Tatumstände. Daher ist es ohne unlogische Gestaltung des Strafrechts nicht anders möglich, als daß es eine solche Reihenfolge der gesamten Tatumstände gibt, daß ihrer größten Häufung die höchste Schuld entspricht und in dieser Weise ein obsiegendes Verhältnis stattfindet. In dem reichsgerichtlichen Falle, Entsch. St.S. V S. 404ff., würden wir die Fragen formulieren:

1. Liegt Diebstahl vor und hat die Sache einen höheren (nicht „geringen") Wert und geschah die Wegnahme zum Zwecke

---

[46]) Im Ergebnis gleich: Löwe-Hellweg zu § 196 St.P.O. unter d α: wo diese einfache Bemerkung als Ausnahme zu der Ausnahme der Abstimmung nach Gründen erscheint!

[47]) Im Ergebnis gleich: v. Kries S. 451f.

beliebigen Gebrauches der Sache (nicht nur zum „alsbaldigen")?[48])

2. Liegt Wegnahme vor mit Negierung jenes höheren Wertes und jenes beliebigen Gebrauches, also Mundraub?

Daß wir überhaupt diese Fragen hintereinander zur Abstimmung bringen, also die zweite zuerst ganz weglassen können, hat darin seinen Grund, daß die zweite Frage ganz in der inhaltsreicheren ersten enthalten ist und wir in dem Falle, daß die erste nicht die erforderliche Mehrheit erhält, danach auch die zweite zur Abstimmung bringen. Indessen ist dieses übliche Verfahren weitläufig und dazu inkorrekt, das richtige vielmehr, alle Fragen gleichzeitig zur Abstimmung zu bringen, wobei dann natürlich die Stimmen für die inhaltreiche Frage, wenn diese nicht die zum Siege erforderliche Stimmzahl erhalten hat, der von ihr umschlossenen nächst inhaltärmeren zuzuzählen sind.[49])

Jene Inkorrektheit hat sich im folgenden reichsgerichtlichen Falle[50]) gerächt. Den Geschworenen waren die Fragen vorgelegt: 1. eine die gesetzlichen Merkmale des Mordes nach § 211 St.G.B. enthaltende, 2. im Falle der Verneinung eine über Totschlag nach § 212 und 3. im Falle der Verneinung auch der zweiten eine über Kindesmord nach § 217. Die Geschworenen haben die erste Frage bejaht, die beiden anderen unbeantwortet gelassen. Das Reichsgericht läßt die Revision zu, weil der Spruch nicht die geringste Gewähr biete, daß die Geschworenen die erste bejaht hätten, nachdem sie sich über die

---

[48]) Richtig v. Kries S. 445: Der qualifizierende Umstand bestehe hier in dem Fehlen des Privilegierungsgrundes: „Wer wegen einfachen Diebstahls verurteilen will, muß für festgestellt erachten, daß der Privilegierungsgrund nicht vorliegt.

[49]) Bemerkenswert ist, daß das Reichsgericht für den Fall, daß die von ihm für zutreffend erachtete Fragestellung zuerst auf Diebstahl schlechthin bejaht wurde, für die hinzutretende Frage nach dem strafmindernden Umstande nur fordert, „daß sich nicht 4 Richter für das Nichtvorhandensein desselben erklärten." Im weiteren Verlauf widerspricht sich freilich diese Entscheidung, indem verlangt wird, daß „der strafmindernde Umstand von 2 Stimmen bejaht" werden müßte; das aber ist eine höhere Anforderung für die Bejahung des Mundraubs, als wenn 4 Richter sich bloß nicht für das Nichtvorhandensein erklären sollen (R.G. 5. St.S. S. 406). — Richtig behandelt den Fall v. Kries S. 445. — Entsprechend wird Unterschlagung gegenüber Diebstahl behandelt von Löwe-Hellweg zu § 196 G.V.G. S. 178 unter β.

[50]) R.G. St.S. Bd. 20 S. 171ff.

Verneinung der dritten schlüssig gemacht hätten, mithin § 265 St.P.O. verletzt sei.

Das Reichsgericht hilft durch andere Fragart ab, wir durch andere Abstimmungsart, indem wir die Fragen unverändert lassen. Wir stellen alle 3 Fragen gleichzeitig zur Abstimmung. Dadurch gewinnt die erste Frage von selbst die nähere Erläuterung: ob die Angeklagte die Tötung zu einer Zeit ausgeführt habe, die als später, wie gleich nach der Geburt, anzusehen sei.

Indessen, ob dieses von uns verlangte Verfahren gerade im reichsgerichtlichen Falle, wo es sich um eine Schwurgerichtssache handelt, mit Rücksicht auf § 293ff. St.P.O. zulässig war, kann hier nicht untersucht werden, uns kommt es nur auf den Nachweis an, daß die getrennten Abstimmungen über ein Vergehen, das verschiedene Grade hat, innerlich zusammenfallen mit einem Verfahren, in dem in nur **einer** Abstimmung alle Grade des Vergehens zur Wahl stehen.

Daß nicht nur Grade eines Vergehens, sondern auch beliebige Vergehen nebeneinander zur Abstimmung gestellt werden können, behaupten wir zwar wegen des § 198III G.V.G. nicht für den bürgerlichen Strafprozeß, da dieser bei der Schuldfrage Zusammenzählung nicht zuläßt, wohl aber gegen v. **Koppmann** für den Militärstrafprozeß. Selbstverständliche Voraussetzung ist,, daß der Tatbestand einheitlich ist. Die Möglichkeit eines solchen Verfahrens bildet überhaupt die Grundlage für eine Zusammenzählung von Stimmen, die auf verschiedene Vergehen lauten, bei der Schuldfrage. Ob dabei der Grund der abweichenden Urteile der Richter in der Beweiswürdigung oder in der Auslegung des Gesetzes liegt, ist einerlei.

Wir haben einen Fall, in dem streitig war, ob ein Tatbestand einen Raub- oder Notzuchtsversuch darstellte, früher besprochen. In einem anderen Falle, wenn z. B. 3 Richter für Diebstahl, 2 für Unterschlagung stimmen, kann zwar wie im ersten der Zwiespalt auch auf die Beweiswürdigung zurückführen, möglich aber hier auch, daß es sich allein um eine Abweichung der abstrakten Rechtsanschauungen handelt.

Die Bestrafung des zweifellos Schuldigen fordert das Rechtsgefühl; nach bürgerlichem Strafprozeßrecht tritt bei Verschiedenheit der Beweiswürdigung Freisprechung ein,[51]) im zweiten Falle aber soll mit

[51]) v. **Kries** S. 444, **Löwe-Hellweg** Anm. 2a zu § 262 St.P.O., **Löwe** (5. Aufl.) Anm. ca zu § 196 G.V.G., hingegen die entgegengesetzte Ent-

einfacher Mehrheit erst über den streitigen Verbrechensbegriff entschieden werden.[51a]) Dieses Verfahren kann nicht gebilligt werden; denn es läßt die Bestrafung des schwereren Vergehens, des Diebstahls, möglich sein, ohne daß in Wahrheit die erforderliche $^2/_3$-Mehrheit für den Diebstahl vorhanden ist, verletzt mithin den § 262[1] St.P.O.[52])

II. E. ist in dem Militärstrafprozeß auf grund des § 322 R.M.St.G.O. jeder einheitliche Tatbestand ungeteilt zu einer einzigen Abstimmung zu stellen; unter wie verschiedene Strafgesetze diesen auch die Richter subsumieren mögen, so findet stets die Zusammenzählung der Stimmen vom schwersten Vergehen an so lange statt, bis ein Vergehen die erforderliche Mehrheit hat. Auf diese Weise wird ebensowenig gegen den Grundsatz in dubio pro reo verstoßen, als ein Schuldiger der verdienten Bestrafung dann entgehen kann, wenn die erforderliche Mehrheit der Richter darin übereinstimmt, daß der Angeklagte zu bestrafen sei, aber über das Strafgesetz, auf welches seine Strafbarkeit zu gründen sei, die Ansichten auseinandergehen.

§ 7.
Resultat.

1. Die Idee der Stimmentscheidung verlangt, daß eine Alternative soviel Stimmen auf sich vereinigt, daß die Summe der übrigen Stimmen nicht mehr beträgt. Ist die durch die erste Abstimmung festgestellte Sympathie in erster Linie für keine Alternative so groß, so ist auch die in zweiter Linie vorhandene Sympathie nach besonderen Regeln in Betracht zu ziehen und sofort. Der ersten Abstimmung kann mithin nur bedingt, nämlich, wenn eine Alternative die absolute Stimmengleichheit oder -mehrheit erlangt hat, endgültige Entscheidung zugesprochen werden.

scheidung aus anderen Gründen bei Löwe-Hellweg zu § 196 S. 178 unter β; vergl. oben Anm. 49.

[51a]) v. Kries S. 450. Allein dies Auskunftsmittel führt nur dann notwendig zu dem von Kries gewünschten Resultat (S. 450), wenn nur 2, nicht aber wenn mehr als 2 Verbrechensbegriffe (z. B. Diebstahl, Unterschlagung, Betrug) im Streit sind und auch da nur, wenn man sich mit einfacher Stimmenmehrheit begnügt (Löwe-Hellweg Anm. 5 zu § 262).

[52]) Denn eine abstrakte Schuldfrage, die nicht unter den für die konkrete Schuld geltenden § 262 fiel, kann überhaupt nicht zur Abstimmung gestellt werden. Vergl. Stenglein, Kommentar Anm. 1 zu § 262.

Relative Mehrheit ist als eine Art der Stimmentscheidung aus der Gesetzgebung zu verbannen. Sie kann auch bei den folgenden Resultaten nicht eingeschlossen werden.

2. Die wichtigste aller Abstimmungsarten ist die **einfache absolute Stimmengleichheit**, die unter dem hergebrachten Ausdruck „einfache absolute Stimmenmehrheit" mitumfaßt wird. Letztere Bezeichnung wollen wir, weil a potiori richtig, nicht verwerfen. Das Wort „einfach" drückt den Gegensatz zu den höheren Mehrheiten z. B. $^2/_3$-, $^3/_4$-Mehrheit und zu den Minderheiten ($^1/_{20}$, $^1/_{10}$, $^1/_5$, $^1/_4$, $^7/_{29}$) aus.

Was ist das Maß, worauf sich dies höher und minder bezieht? Logisch unzweifelhaft $^1/_2$. Wir würden also korrekt sagen müssen Stimmengleichheit oder — uns an das hergebrachte anschließend — Stimmenmehrheit zur Quote $^1/_2$.

Sie ist deshalb die wichtigste aller Abstimmungsarten, weil sie allein für eine Abstimmung gefordert werden kann, aus welcher unter allen Umständen von mehreren positiven Alternativen eine als gewählt, d. h. mit der absoluten Stimmengleichheit oder -mehrheit hervorgehen muß. Auch dieses Verfahren ist nur unter drei Voraussetzungen erfolgreich:

a) daß überhaupt irgend jemand stimmt,

b) daß darüber, welche Stimmen als gültig angesehen werden, die besonderen von uns dargestellten Bedingungen anerkannt werden,

c) daß bei mehr als zwei positiven Alternativen eine Beschränkung dieser auf zwei stattfindet.

Alle anderen Abstimmungsarten geben keine Gewähr, daß von mehreren positiven Alternativen eine als gewählt erscheinen muß, sie sind daher nur anwendbar, wo die Entscheidung negativ sein kann.

Selbstverständlich ist auch die Stimmenmehrheit zur Quote $^1/_2$ zu diesem Zwecke tauglich.

In allen Fällen bedarf die Stimmenmehrheit zur Quote $^1/_2$ der Bestimmung eines Ausschlagskriteriums.

3. Auch die $^2/_3$-, $^3/_4$-Mehrheiten, wie überhaupt alle die Mehrheiten, die wir als höhere der einfachen Stimmengleichheit gegenüberstellten — nur die Mehrheit zur Quote $\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}$ nehmen wir hier

aus —, sowie die Minoritäten haben wir durch unsere Lehre vom Stimmgewicht und zwar dem durch den Inhalt der Stimme beeinflußten (unter c des § 2) als Stimmgewichtsgleichheiten erkannt unter Hinzutritt eines Ausschlagskriteriums. Die Bestimmung dieses Ausschlagskriteriums zeigt hier die Besonderheit, daß es ebenso wie das Stimmengewicht nach dem Inhalt der Stimme[53]) bestimmt ist. So ist es möglich, daß hier das Ausschlagskriterium bisher überhaupt nicht beachtet wurde und dies ist auch praktisch nicht nötig, denn ein denkbarer Streit um das Ausschlagskriterium fiele notwendig zusammen mit dem um das Stimmgewicht. Ein solcher Streit um das Stimmgewicht kann nun leicht auch da entstehen, wo bei den verschiedenen fraglichen Größen des Stimmgewichts bei keiner ein Ausschlag in Frage käme, und wo es der Fall wäre, da wäre die Verteilung des Ausschlags implicite geregelt durch die Entscheidung über das Stimmgewicht. Scheinbar ist also der Ausschlag hier nie zu Streit führend, in Wahrheit aber ist hieran nur richtig, daß allerdings nie ein besonderer Streit über den Ausschlag vorkommt.[54])

4. Theoretisch wäre zwar möglich, die Stimmenmehrheit zur Quote $\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}$ den übrigen Mehrheiten zu Quoten $> {}^{1}/_{2}$ gleichzustellen, allein wir nahmen sie unter 3 aus, weil praktisch keine Gleichstellung besteht.

Bisher wurde diese Mehrheit von der Mehrheit zur Quote ${}^{1}/_{2}$ nicht unterschieden und teilte mit ihr dieselbe Bezeichnung einfache absolute Stimmenmehrheit.

Sie hat vor der Mehrheit zur Quote ${}^{1}/_{2}$ den Vorzug, daß sie der Bestimmung eines Ausschlagkriteriums nicht bedarf und das ist richtig, bei ihr kann Stimmgewichtsgleichheit nur außerhalb der Realität eintreten. Praktisch aber löst sich dieser Vorzug in nichts auf.

Zunächst ist die Stimmenmehrheit zur Quote $\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}$ oder

---

[53]) Vergl. hierneben auch Zacke S. 131 „Auflösung der Gleichstimmigkeit durch sachliche Erwägungen."

[54]) Als Beispiele vergl.: Liegt Verfassungsänderung vor? (Seydel Kommentar zu Art. 7 R.V. unter VII S. 149); handelt es sich um Schuldfragen oder um anderes? (R.M.St.G.O. § 322 II S. 2).

$^1/_2$ + minim, wie alle Mehrheiten zu Quoten $> {^1/_2}$ in ihrer Anwendbarkeit beschränkt auf Fälle, in denen negative Entscheidung möglich ist.

Eine Stimmgewichtsgleichheit kann bei ihr in der Realität nicht eintreten. Wo Stimmengleichheit vorkommt, ist sicher, daß die Stimme der einen der beiden Seiten ein größeres Stimmgewicht haben, als die der anderen; aber auf welcher Seite das Stimmgewicht größer ist, ist nicht bestimmt. Daher herrscht bei Stimmengleichheit Unentschiedenheit. Wollte man aber die Stimmgewichtsgleichheit für die eine Seite als bestimmt ansehen, so müßte man sie, um denselben tatsächlich anerkannten Erfolg, wie bei Unentschiedenheit, zu erreichen, der negativen Seite zuteilen. Damit ist aber der praktische Wert für den ersparten Ausschlag vernichtet, denn an seiner Statt wäre die Stimmgewichtsbestimmung notwendig.

Zudem hat aber auch die Stimmenmehrheit $\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}$ von allen Mehrheiten das größte, also ungünstigste Mindeststimmübergewicht; es ist vor allem stets größer als das der absoluten Stimmengleichheit zur Quote $^1/_2$ (vergl. Spalten II der Tabelle). Dieser Nachteil wirkt am stärksten, je geringer die Zahl der Stimmenden ist (Spalten III der Tabelle).[65])

Somit zeigt sich die Stimmenmehrheit zur Quote $\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}$ als die unvollkommenste aller Abstimmungsarten. Wo sie vorkommt, zeigt sie sich als ungenügend (Beispiele oben § 6 unter II 2a, b δ und ε).

---

[65]) So ist sie gänzlich zu verwerfen für offene Handelsgesellschaften; ein von der Nürnberger Handelsgesetzbuchs-Kommission anerkannter Grund, der gegen den § 105 des Preuß. Entwurfs sprach (Lutz, Protokolle, Beilageband S. 19).

Vorbemerkungen zur Tabelle.

I. 1. Die äußerste linke senkrechte Spalte enthält willkürlich herausgegriffene Gesamtzahlen von abgegebenen gültigen Stimmen.

2. Durch die oberste Querspalte werden mit dieser die gebräuchlichsten Stimmenmehr- u. minderheiten kombiniert, dazu — zur Vergleichung mit der Stimmenmehrheit zur Quote $\frac{\frac{\infty}{2} + \text{minim}}{\infty}$ — die ungebräuchliche Majorität zur Quote $\frac{1000002}{2000000}$.

3. Je die senkrechten Spalten I geben in der freistehenden Zahl denjenigen Betrag der Gesamtstimmenzahl an, bei welchem Stimmgewichtsgleichheit vorhanden ist, oder, wo diese unmöglich ist, den Betrag, bei welchem diese gerade überwunden ist.

Die eingeklammerte Zahl gibt die verbleibenden Stimmen an.

4. Je die senkrechten Spalten II sind dafür bestimmt, das Mindeststimmübergewicht vor Augen zu führen; dieses wird da, wo Stimmgewichtsgleichheit möglich ist, zu Null, d. h. auch bei Stimmgewichtsgleichheit schon muß die Entscheidung als nach der einen von beiden Alternativen hin gefallen angesehen werden, wenn auch allerdings durch die Abstimmung an sich diese Alternative nicht bestimmt ist, — sondern durch den Ausschlag, für den für diesen Fall notwendig ein Kriterium durch das Gesetz gegeben sein oder durch Analogie gefunden werden muß, bestimmt wird.

Im übrigen ist das Mindeststimmübergewicht stets kleiner als eine Stimmeinheit; denn wo sich auch um das Geringste für die eine Alternative ein höheres Gesamtstimmgewicht ergeben hat als die Stimmgewichtsgleichheit, ist die Entscheidung zu Gunsten dieser Alternative gefallen.

5. Je in den senkrechten Spalten III ist das Verhältnis des Mindeststimmübergewichts zur Gesamtstimmzahl veranschaulicht.

II. Das Wesen der Werte in den Spalten II und III der Tabelle läßt sich aus folgendem Schema erkennen:

Gesamtzahl der Stimmen	Stimmenmehrheit (-gleichheit, -minderheit) zur Quote $\frac{n}{z}$		
	I	II	III
g	$\frac{c}{(g-c)}$	$c-g\frac{z}{n}$	$\left(c-g\frac{z}{n}\right):g$

12.

Handelsrechtliche Rundschau.

Vom Privatdozenten, Gerichtsassessor **Dr. Langen** in Münster.

Während auf dem Gebiete des Bürgerlichen Gesetzbuches sowohl Lehrbücher wie Kommentare sich in reichlicher Auswahl darbieten und ihre Zahl ständig wächst, zeigt sich auf dem Gebiete des Handelsrechtes die gleiche Reichhaltigkeit nur hinsichtlich der Kommentare; hier besteht für die nächste Zeit kaum ein Bedürfnis nach Neuerscheinungen, da wir uns allenthalben ganz vorzüglicher Erläuterungen rühmen können. Dagegen kommen als Lehrbücher des Handelsrechtes bis jetzt nur zwei in Betracht: Cosack und Gareis, welche in schneller Folge neue Auflagen erleben. Das Lehrbuch von Gareis[1]) ist jetzt in siebenter Auflage erschienen, welche sich schon äußerlich vorteilhaft von der vorigen Auflage auszeichnet: war diese infolge der Stoffvermehrung zu einem etwas unförmigen Bande von über 1000 Seiten angeschwollen, so ist jetzt durch Vergrößerung des Formats und teilweise Verwendung kleineren Druckes wieder ein handliches und gefälliges Lehrbuch von etwas über 700 Seiten geschaffen. Wesentliche sachliche Änderungen in der Darstellung sind nicht erfolgt, soweit nicht neue Gesetze (Versicherungsrecht, Urheber- und Verlagsrecht, seerechtliche Bestimmungen) hierzu zwangen. Wer dieses Lehrbuch gerecht beurteilen will, muß den von Gareis stets ausdrücklich betonten und wiederholten Gesichtspunkt, welcher für die Abfassung des Werkes maßgebend war, berücksichtigen, daß es nämlich im wesentlichen als erste Einführung in das Handelsrecht für Studierende und Kaufleute gedacht ist, diesen ein kurz gefaßtes Lehrbuch sein soll.

---

[1]) Geh. Justizrat Prof. Dr. Karl Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. Berlin, Guttentag, 1903. 724 S. Preis M. 9.

Daher legt es sich mit Recht in historischen Ausführungen, Literaturangaben und Behandlung von Streitfragen große Beschränkungen auf, die sonst einem Lehrbuch des Handelsrechtes nicht gestattet sein würden. Und der große Erfolg, welcher dem Buche mit Recht beschieden ist, da es klar und zuverlässig in die Kenntnis des Handelsrechtes einführt, zeigt, daß Gareis in der schwierigen Entscheidung über Aufzunehmendes und Wegzulassendes im wesentlichen das Richtige getroffen hat und dem Bedürfnis der Studierenden gerecht geworden ist. Naturgemäß werden bei dieser Frage im einzelnen Meinungsverschiedenheiten nicht ausbleiben; so scheint mir z. B. die Abhandlung des unlauteren Wettbewerbes auf insgesamt etwa einer halben Seite selbst im Rahmen eines kurzgefaßten Lehrbuchs zu knapp, während andererseits die Mitteilung eines Formulars zu Rückerstattungsanträgen von Stempel für Arbitragegeschäfte zu weit geht.

Ferner würde mir ein Hinweis auf die bedeutenderen handelsrechtlichen Kommentare, die jetzt lediglich in der allgemeinen Literaturübersicht kurz erwähnt, bei den Ausführungen selbst aber nur vereinzelt, z. T. gar nicht angeführt sind, bei wichtigen Fragen wünschenswert erscheinen, um so dem Studierenden die (allerdings häufig vergebliche) Versuchung nahe zu legen, sich durch Einsichtnahme des einen oder anderen Werkes mit dessen Anordnung bekannt zu machen.

Auf Einzelheiten einzugehen, kann ich mir hier versagen, da das Lehrbuch schon lange und allgemein bekannt ist.

Seinen Kommentaren zum Handelsgesetzbuch und zur Wechselordnung läßt jetzt Staub einen solchen „zum Gesetze betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ [2]) folgen. Wie die ersten beiden Kommentare der Theorie und Praxis ein unentbehrliches Hilfsmittel geworden sind, so wird auch der vorliegende Kommentar eine hervorragende Stellung einnehmen; besitzt er doch nach Form und Inhalt die allgemein bekannten Vorzüge Staubscher Kommentierung: Umfassende Beherrschung von Literatur und Rechtsprechung, klare und flüssige Darstellungsart, feines Empfinden für die Bedürfnisse des Verkehrs und erfolgreiches Streben, ihnen möglichst gerecht zu werden. Dieses große Maß von Vorzügen hat allerdings auch einen nicht zu verkennenden Nachteil

---

[2]) Justizrat Rechtsanwalt Dr. Hermann Staub. Berlin, J. Guttentag, 1903. 466 S. Preis M. 10.

im Gefolge: es verleitet manchmal denjenigen, welcher sich über eine Zweifelsfrage unterrichten will, den Staubschen Ausführungen selbst da zu folgen, wo ihre rechtliche Begründung nicht ausreicht, sie aber durch die Art der Darstellung und die gewonnenen praktischen Resultate bestechen. Für die Praxis ist dieser Einfluß Staubs allerdings insoweit ohne Schaden, als Streitfragen nach einer Richtung entschieden werden müssen und die Anlehnung an Staub regelmäßig eine konstante und im Ergebnis befriedigende Rechtsprechung gewährleistet; vom Standpunkte der Theorie ist dieser Erfolg Staubs weniger erfreulich.

Dem eigentlichen Kommentar schickt Staub den Abdruck des Gesetzestextes allein voran und befriedigt damit ein häufig eintretendes Bedürfnis, schnell den Wortlaut einer Gesetzesstelle einsehen zu können, was sonst, sofern nur ein Kommentar zur Hand, unbequem war, namentlich wenn man mehrere Gesetzesstellen mit einander vergleichen wollte. Praktisch nützlich erweist sich hoffentlich auch die wiederholte Betonung der Haftung jedes einzelnen Gesellschafters für die rückständigen Einlagen der übrigen Gesellschafter, eine Bestimmung, die, wie Staub mit Recht hervorhebt, nicht nur dem Publikum, sondern selbst in Juristenkreisen vielfach unbekannt ist. Haften im Falle der Kapitalserhöhung die überstimmten Gesellschafter an sich kraft Gesetzes auch bezüglich des erhöhten Kapitals, soweit es nicht gezahlt wird? Ich möchte dieses gegen Staub (Anm. 7 zu § 24) nicht annehmen, sondern jeden Gesellschafter kraft Gesetzes nur im Rahmen des Stammkapitals haften lassen, wie sich dieses mit seinem Willen darstellt. Damit ist der von Staub (Anm. 5 zu § 55) in dieser Frage vorgeschlagene Ausweg, der für den Verkehr vielfach nicht gangbar sein wird, überflüssig.

In der Frage des Gewohnheitsrechts verweist Staub Anm. 8 der Einleitung auf seine Ausführungen im Kommentar zum Handelsgesetzbuch und bezeichnet im übrigen die Frage, ob sich Gewohnheitsrecht contra legem bilden könne, für das vorliegende Gesetz als unpraktisch. Und doch gibt es hier gerade einen Fall von Gewohnheitsrecht contra legem, nämlich bezüglich des Firmenzusatzes: „mit beschränkter Haftung". Zweifelsohne ist nach dem Gesetze die Abkürzung „m. b. H." unzulässig (Anm. 6 und 30 zu § 4); man kann sich auch nicht mehr auf die im Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunter-

nehmungen § 18 vorgenommene Abkürzung: „e. V. a. G." berufen, da sie nicht in das Gesetz übergegangen ist. Trotzdem scheint heute die Abkürzung zulässig, da hier ein derogatorisches Gewohnheitsrecht anzunehmen ist. Handel und Behörden (namentlich auch Gerichte) bedienen sich m. W. jener Abkürzung regelmäßig, das führende Handelsrechtslehrbuch von Cosack bringt sie gleichfalls unter seinen Beispielen (S. 636 unten), trotzdem an sich das Irrige dieser Übung weiten Kreisen nicht unbekannt ist. Damit ist dem Erfordernisse der opinio necessitatis genügt (s. hierzu auch die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 26. März 1903, D. Jur.-Ztg. S. 528). Bedenken hinsichtlich der „Dauer" der Rechtsübung können in Rücksicht auf ihre „Intensivität" nicht aufkommen. Daß trotzdem die Abkürzung ihren Zweck erfüllt und dem Verkehr die materielle Bedeutung des Zusatzes in den Firmen wohl bekannt ist, ergibt der von Staub erwähnte „drastische Volkswitz". Selbst die Verlagsbuchhandlung Guttentag hat sich der Mahnung ihres Autors nur auf dem Titelblatte seines Buches angeschlossen; auf der Innenseite des Buchs und den Beilagen erscheint nur die Abkürzung!

Vereinzelt hat inzwischen das Reichsgericht zu von Staub berührten wichtigen Zweifelsfragen Stellung genommen; so ist am 23. Januar 1903 (D. Jur.-Ztg. 1903 S. 223) entschieden, daß Aktiengesellschaften (und damit notwendig auch G. m. b. H.) Vereine im Sinne des § 22 B.G.B. sind (Staub, Allg. Einl. Anm. 3). Gegen Staub (Anm. 27 zu § 2, Anm. 3 zu § 75) ist entschieden (R.G.Ziv. Sachen Bd. 54 S. 418), daß wesentliche Formfehler des Gesellschaftsvertrages selbst bei bereits eingetragenen Gesellschaften die Nichtigkeitsklage nach § 75 des Gesetzes begründen. Man mag dieses Resultat für praktisch nicht wünschenswert erachten, vom geltenden Rechte aus erscheint die Entscheidung zutreffend. Die unter „Nachträge und Berichtigungen" (S. VII) zu S. 174 in Aussicht gestellte Entscheidung des Reichsgerichts über die Frage, ob Beschlüsse über Nachschüsse zu versteuern, ist jetzt R.G. Bd. 54 S. 336 ff. enthalten.

Der weitverbreitete und in der Praxis ob seiner Brauchbarkeit hoch geschätzte Kommentar zum „Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften" von L. Parisius und Dr. H. Crüger liegt nun in vierter Auflage vor, die nach Parisius' Tode von Crüger[*])

[*]) Berlin, Guttentag 1903. 724 S. Preis M. 14.

allein bearbeitet ist. Die bewährte Anordnung des Stoffes ist unverändert geblieben: die Einleitung (S. 1—59) gibt eine Übersicht über die Geschichte der genossenschaftlichen Entwicklung und ihre Gesetzgebung, dann folgt der Kommentar zum Gesetze, wobei jedesmal zunächst die Geschichte des Paragraphen klargelegt und dann dessen Inhalt im einzelnen eingehend unter Verwertung der Rechtsprechung wie der Erfahrungen und Beobachtungen aus der Praxis der deutschen Genossenschaften erläutert wird (S. 59—570). Daran schließt sich eine Erklärung der Übergangsbestimmungen aus dem Gesetze von 1889, welche vom Reichskanzler in der Publikation vom 20. Mai 1898 ohne gesetzliche Grundlage fortgelassen sind, die aber, wie Crüger mit Recht hervorhebt, hierdurch ihre Gültigkeit nicht verloren haben und auch für die Praxis noch nicht ohne alle Bedeutung sind, sowie des Art. 2 des Gesetzes vom 12. August 1896 (S. 570—584). Im zweiten und dritten Teil des Buches werden ohne Kommentierung wiedergegeben: die Bekanntmachung des Bundesrats, betreffend die Führung des Genossenschaftsregisters und die Anmeldungen zu diesem Register vom 1. Juli 1899, die Bekanntmachungen der Einzelstaaten zu § 161, 2 des Gesetzes sowie die Verordnungen derselben betreffend die Führung des Genossenschaftsregisters und endlich die Preußische Verfügung betreffend die Herstellung einer Statistik der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (S. 585—701).

Bei der Fülle der zu behandelnden Einzelfragen wird man selbstredend nicht überall den sachlichen Standpunkt des Kommentars teilen können; manchmal erscheint auch die Form der Darstellung nicht völlig gelungen und klar verständlich. Den Hauptvorzug des Kommentars sehe ich darin, daß seine Verfasser den zu behandelnden Stoff nicht nur theoretisch, sondern namentlich auch praktisch völlig beherrschen und so „aus der Praxis für die Praxis“ schreiben. Hierin zeigt sich eben in hervorragender Weise, daß die Verfasser des Kommentars gewissermaßen mit der Entwicklung des Genossenschaftsrechts groß geworden (Parisius hat schon das Preußische Genossenschaftsgesetz von 1867 und das Norddeutsche von 1868 kommentiert) und infolge ihrer praktischen Tätigkeit über die tatsächlichen Verhältnisse und Bedürfnisse der Genossenschaften bis in das Einzelne genau unterrichtet sind.

Der Haftung des Kommanditisten im Vergleiche mit der Haftung

des Komplementars widmet Furrer[4]) eine eingehende Betrachtung; die gewonnenen Resultate scheinen nicht im Einklang mit dem äußeren Umfange (250 Seiten!) der nicht überall leicht verständlichen Untersuchungen zu stehen. Nach einer kurzen historischen Einleitung (S. 1 bis 12) werden in drei Kapiteln: der Begriff der Haftung des Kommanditisten, Voraussetzungen der Haftung und Beendigung der Haftung behandelt. Mit den Feststellungen über die unmittelbare selbständige Haftung des Kommanditisten, die Unwesentlichkeit der Haftung desselben mit einem Anteil am Gesellschaftsvermögen (S. 12 bis 40), den Untersuchungen über die Rechtssätze für die Haftung des Komplementars, ihre Rechtsnatur sowie der prinzipiellen Gleichbehandlung von Komplementar und Kommanditist in dieser Beziehung (S. 40—76) wird man einverstanden sein, ohne aber eine besondere Förderung zu erfahren.

Interessanter sind die Erörterungen über den Rechtsgrund „der Haftung des Handelsgesellschafters schlechthin", welche zu dem Resultate führen, daß aus den die Gesellschaft als solche betreffenden Schuldgründen eine beschränkte Einheitsschuld entspringt (S. 105, 107), für welche eine doppelte Haftung besteht: 1. Einheitshaftung mit dem Gesellschaftsvermögen, 2. Haftung des Privatvermögens des einzelnen Gesellschafters kraft Rechtssatzes (S. 76—119). Bei den Untersuchungen über die besondere Haftung des Kommanditisten (S. 119 bis 136) kann der S. 124 aufgestellte Satz, der Konkursverwalter könne die rückständigen Kommanditisteneinlagen gemäß § 171, 2 H.G.B. nur einziehen, wenn er hierzu von den einzelnen Gläubigern ausdrücklich ermächtigt sei, nicht gebilligt werden. Das Gesetz gibt seinem Wortlaut nach dem Konkursverwalter das Ausübungsrecht für die Gläubiger unbeschränkt und auch nach der Konkursordnung ist der Verwalter in seiner Tätigkeit prinzipiell unabhängig vom Willen der einzelnen Gläubiger.

Die weiteren Erörterungen über die Voraussetzungen, unter denen eine Haftung der Kommanditgesellschaft und des Kommanditisten entsteht (S. 136—197), befassen sich namentlich mit den Tatbestands-

[4]) Dr. Reinhold Furrer, Die Haftung des Kommanditisten im Vergleich mit der Haftung des Komplementärs auf Grundlage des französischen, schweizerischen und deutschen Handelsrechtes. Zürich, Eduard Raschers Erben, 1903. S. 256.

merkmalen der Kommanditgesellschaften, bieten aber wenig Neues. Daß für unser geltendes Recht die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft als Gesellschaften im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches anzusprechen sind (S. 141), ergibt sich mit Sicherheit aus den von Furrer nicht angeführten §§ 105, 2 und 161, 2 H.G.B. S. 181 hätte bei der Erörterung über die Haftung des Kommanditisten, welcher in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, § 176, 2 H.G.B. berücksichtigt werden müssen. S. 185 wird irrig behauptet, daß eine durch einfache Bekanntgabe nach § 172, 2 H.G.B. eingetretene Erhöhung der Einlage ohne Eintragung zum Handelsregister soll herabgesetzt werden können; dem steht der strikte Wortlaut des § 174, der doch generell von allen Einlageverbindlichkeiten handelt, und der diesem Paragraphen in der Denkschrift (zu § 171) ausdrücklich beigelegte Zweck entgegen. Der S. 195/196 aufgestellten Behauptung, ein Kommanditist, dessen Namen in der Firma enthalten ist, hafte dritten Gutgläubigen **ex contractu** unbeschränkt, kann man für unser geltendes deutsches Recht nach Wegfall des Art. 168 alten Handelsgesetzbuches, der Begründung dieses Wegfalls in der Denkschrift sowie mit Rücksicht auf die gesetzlich anerkannte Möglichkeit der Beibehaltung einer alten, den Namen des jetzigen Kommanditisten enthaltenden Firma (§ 24 H.G.B.) nicht beipflichten. Bei den im Schlußkapitel sehr eingehend behandelten Gründen, welche die Einzelhaftung des Kommanditisten beendigen (S. 198—250), wird zutreffend der Satz verfochten (S. 224, 228), daß Tilgungen von Gesellschaftsschulden oder Einschüsse des Kommanditisten selbst dann auf die Einlage in Anrechnung zu bringen sind, wenn dem Kommanditisten aus irgend einem Grunde ein Ersatzanspruch an die Gesellschaft zusteht. Schießt der Kommanditist eine Forderung ein, so ist gegen Furrer (S. 236) der Wert der Forderung z. Z. der Einbringung und nicht nur der Wert des demnächst auf Grund der Forderung Erlangten als geleistet anzurechnen: wodurch sollte sich diese Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze rechtfertigen? Zu widersprechen ist schließlich der Behauptung (S. 244), daß jede Leistung der Kommanditgesellschaft an den Kommanditisten, auch z. B. die Erfüllung eines besonderen von der Kommanditisteneigenschaft unabhängigen Vertrages, im Sinne des § 172, 4 H.G.B. eine „Rückgewähr der Einlage“ darstelle.

Die überall durchgeführte Vergleichung von deutschem, französischem

und schweizerischem Rechte hat sich für konstruktive Fragen bedeutungslos erwiesen.

Genaue Kenntnis der Handelsgebräuche ist für den Verkehr wie für den Juristen unentbehrlich. Der Jurist kann sie sich aus eigener Tätigkeit regelmäßig nur unvollkommen insoweit erwerben, als ihm seine Praxis hierzu Gelegenheit bietet, aber auch der Handelstreibende wird häufig nicht in der Lage sein, selbst den Inhalt oder das Vorhandensein eines bestimmten Handelsbrauches mit der wünschenswerten Genauigkeit festzustellen. Die maßgebenden Instanzen sind vielmehr die sachverständigen Handelsorgane, welche allein zuverlässige Auskunft geben können. Freudig zu begrüßen ist es daher, wenn berufene Vertretungen von hohem Ansehen ihre Feststellungen über Handelsgebräuche allgemein zugänglich machen, wie dieses von den Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin geschehen ist. In ihrem Auftrage gaben deren Syndizi Dove und Apt 1900 eine Reihe von Gutachten heraus; jetzt liegt hierzu der von Apt[5]) herausgegebene erste Nachtrag für die Jahre 1898—1903 vor. Er umfaßt im ersten Teile (Handelsstand) Handlungsgehilfen, Reisende, Agenten, Mäkler, im zweiten Teile (Handelsgeschäfte) Handelskauf, Werkvertrag, Bank- und Börsenwesen, Wechsel-, Scheck- und Kontokorrentverkehr, Speditions- und Frachtgeschäft. Anhangsweise sind die Gebräuche im Berliner Holzhandel und Exportkommissionshandel mitgeteilt.

So ist der Praxis, namentlich den Rechtsanwälten als Beratern der Rechtsuchenden, ein sehr wertvolles Hilfsmittel geboten; soweit allerdings die Parteien es verlangen, wird das Gericht für seine Entscheidung im Einzelfalle sich die Richtigkeit des mitgeteilten Handelsbrauches nochmals bestätigen lassen müssen.

Unter Zugrundelegung von schweizerischem und deutschem Recht erörtert Wettstein[6]) Natur und Rechtsgrundsätze des Kassenschrankfachgeschäftes. Zutreffend wird es zunächst als Verwahrungsvertrag und nicht als Mietvertrag angesprochen. Schon die historische Entwicklung

---

[5]) Syndikus Dr. Max Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Erste Folge, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1904. 124 S. Preis M. 2.

[6]) Dr. Wettstein, Das Kassenschrankfachgeschäft (Coffre-fort). Bern, A. Francke, 1903. 123 S. Preis M. 2,50.

des Instituts drängt zu dieser Auffassung: denn statt daß, wie früher, der Kunde für die Verpackung der Gegenstände zu sorgen hat, stellt jetzt der Bankier die jene Verpackung ersetzenden Fächer. War daher früher das Geschäft Verwahrungsvertrag, so kann dieser lediglich äußere geringfügige Unterschied eine Änderung der juristischen Natur nicht herbeiführen. Wenn dann aber Wettstein (S. 46 ff.) außer dem Verwahrungsvertrag im „Nebenverhältnisse“ noch einen Mietsvertrag als vorliegend ansieht, so beruht dieses auf der auch sonst vielfach vertretenen unberechtigten Neigung, überall dort, wo sich nicht deckende Tatbestände mehrerer Rechtsverhältnisse finden, ohne Rücksicht auf die Parteiabsicht auch alle jene Rechtsverhältnisse als gegeben anzunehmen, statt zu fragen: worin besteht das eigentliche Wesen des zu beurteilenden Tatbestandes, nach diesem dann seine Rechtsnatur festzusetzen und Abweichungen, die dem Tatbestande anderer Rechtsverhältnisse angehören, als zulässige vertragliche Ausgestaltungen des Rechtsverhältnisses in concreto anzusehen, die seine Natur nicht ändern. So würden eine ganze Reihe von „Kombinationsgeschäften“ mit ihren gekünstelten Konstruktionen und falschen Konsequenzen verschwinden!

Im Anschluß an die Feststellung der Rechtsnatur des Vertrages analysiert Wettstein diesen dann im einzelnen und behandelt dabei namentlich: Aufbewahrung, Vergütung, Hineinlegen und Herausnehmen von Sachen in das und aus dem Schrankfache, Retentions- und Pfandrecht. (S. 56—121.)

Die Ausführungen geben indessen wenig Beachtenswertes und zeichnen sich weder durch Kürze noch juristische Schärfe aus; zu tadeln ist die mehrfach falsche Wiedergabe von Autornamen z. B.: Scherrer, Cojac, Cosak, Kromer, Kühlenbeck.

Eine Erläuterung des § 27 H.G.B. bietet Schulteß [7]) in seiner Abhandlung „Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 Handelsgesetzbuchs“.

Der S. 32 gemachte Versuch, gegen Staub die analoge Anwendbarkeit des § 25, 2 beim § 27 H.G.B. auszuschließen, scheint mir weder dem Wortlaut des letzteren Paragraphen, noch dem Grund und Zwecke des § 25, 2 zu entsprechen. S. 35 ff. wird mit Recht die

[7]) Referendar Adolf Schulteß, Leipziger Inaugural-Dissertation, 1903. 47 S.

Haftung aus § 27 gegen Bolte als eine erbrechtliche verteidigt; ebenso zutreffend sind die Ausführungen des Verfassers (S. 39 ff.) über die Stellung von Miterben zum § 27, 2.

„Die Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 nebst den dazu ergangenen Nebengesetzen.“ — Gesetz, betreffend Verpflichtung der Kauffahrteischiffe zur Mitnahme heimzuschaffender Seeleute, Gesetz betreffend die Stellenvermittlung für Schiffsleute, Gesetz betreffend Abänderung seerechtlicher Vorschriften des H.G.B., Gesetz zur Abänderung des Gesetzes betreffend das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe und Gesetz zur Abänderung der Strandungsordnung — erläutert Löwe,[8]) um so zugleich einen Nachtrag zu dem jetzt von ihm bearbeiteten zweiten Bande des Kommentars zum Handelsgesetzbuche von Makower zu geben. Die Erläuterungen verzichten auf eingehende theoretisch-konstruktive Betrachtung; Inhalt und Tragweite der einzelnen Paragraphen werden im wesentlichen unter Benutzung des Gesetzes selbst und seiner Materialien in kurz gehaltenen Bemerkungen festgestellt — ein Verfahren, das bei der ersten Kommentierung eines neuen Gesetzes manches für sich hat.

Seit Erscheinen des Werkes hat die Seemannsordnung schon eine Abänderung durch das Reichsgesetz vom 23. März 1903 erfahren, wodurch der Redaktionsfehler im § 52 Abs. 2 Nr. 2 („zweiten“ statt „dritten“ Jahres) beseitigt ist; ferner sind eine Reihe von im Gesetze vorgesehenen Verordnungen des Bundesrats inzwischen ergangen, so zu § 4 vom 16. Juni 1903, zu §§ 11, 1 und 14, 3 vom 20. März 1903, zu § 124, 4 vom 13. März 1903, zu § 36, 3 und 134 vom 16. Juni 1903.

Der Seemannsordnung und dem Flaggengesetze schickt Löwe kurze Bemerkungen über Entstehungsgeschichte, Verhältnis zum bisherigen Recht und die Übergangszeit voraus. Der No. 1 a zu § 1 gemachte Versuch, die Anwendbarkeit der Seemannsordnung auf Schulschiffe der Handelsmarine und Schiffe, die zu wissenschaftlichen Forschungsreisen bestimmt sind, auszuschließen, scheint weder überzeugend noch im Resultate wünschenswert; bei sonst erörterten Streitfragen (No. 2 zu § 32; No. 1 zu § 46; No. 2 zu § 54; III zu § 58; § 120 und A zu § 122) ist der Ansicht des Verfassers beizutreten.

Stephans[9]) Erläuterung des Wettbewerbsgesetzes in der Gutten-

[8]) Landgerichtsrat E. Löwe. Berlin, Guttentag, 1903. 148 S. Preis M. 3.

[9]) Dr. R. Stephan, Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Berlin, J. Guttentag, 1903. 96 S. Preis M. 1.

tagschen Sammlung deutscher Reichsgesetze ist in 3. Auflage erschienen; sie hält sich in dem üblichen Rahmen von „Textausgaben mit Anmerkungen“. Auffällt, daß die seit der 2. Auflage eingetretene Änderung des Rechtszustandes insoweit wenigstens nicht berücksichtigt ist, als an einigen Stellen (No. 18 Abs. 1 a. E., No. 19 und 24 zu § 1) das Bürgerliche Gesetzbuch noch nicht als geltendes Recht behandelt und von den in Betracht kommenden „Landesgesetzen“ geredet wird, S. 59 unten die Paragraphenzahl der alten Zivilprozeßordnung und S. 73 oben die Artikel des alten Handelsgesetzbuchs zitiert werden. Bei Wiedergabe der Bundesratsbestimmungen für den Kleinhandel mit Garn vom 20. November 1900 (S. 64) ist die Abänderung des § 1 Abs. 2 durch die Bekanntmachung vom 17. November 1902 nicht berücksichtigt. Dieses fällt wohl nicht dem Verfasser zur Last, da seine Vorrede vom März 1902 datiert; aber durfte dann das Buch als sein Erscheinungsjahr 1903 angeben? Auch sachlich fordern manche Behauptungen Widerspruch, so wenn No. 24 § 1 ohne Angabe eines Grundes Verleger und Drucker selbst dann für haftbar erklärt werden, falls zwar nicht sie, wohl aber der Redakteur die Unrichtigkeit der Angaben kannte, oder wenn in No. 15 zum § 1 die Klage auf Unterlassung der unrichtigen Angaben als Feststellungsklage im Sinne des § 256 Z.P.O. charakterisiert wird.

Einen eingehenden, durch anscheinend erschöpfende Verwendung der Rechtsprechung ausgezeichneten Kommentar zum Gesetze über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs gibt Pinner.[10]) Die Einleitung erörtert einige allgemeine prinzipielle Fragen: Grund des Schutzes, Verhältnis des Gesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (in seinen praktischen Konsequenzen näher im Anhang S. 169—175 ausgeführt), zeitliches, persönliches und örtliches Anwendungsgebiet des Gesetzes (S. 1—14). Der Erläuterung der einzelnen Paragraphen geht, soweit sie einen größeren Umfang einnimmt, eine kurze Inhaltsangabe voran, die angibt, wo sich etwa gesuchte Punkte finden. Die Erläuterung selbst erfolgt dergestalt, daß die einzelnen Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen herausgeschält und einzeln untersucht werden; soweit erforderlich, gibt hierbei Pinner die Vorentwürfe nebst Begründung im Wortlaut wieder. Daß grade

---

[10]) Justizrat Albert Pinner, Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Berlin, J. Guttentag, 1903. 183 S. Preis M. 5.

die Erörterungen des Verfassers erhebliche Neuerungen brächten, kann nicht gesagt werden. Der Hauptvorzug des Buches besteht, wie schon hervorgehoben, in der umfassenden Berücksichtigung der gesamten (nicht bloß Reichsgerichts-) Rechtsprechung sowie der analogen Verwertung von Rechtsgrundsätzen, die für andere Gesetze (namentlich des geistigen Eigentums im w. S. und St.G.B.) Anerkennung gefunden haben. Daneben zeichnen sich aber auch die Ausführungen durch knappe Form, die weder dem Verständnis noch der Gründlichkeit schadet, aus. Auch der Inhalt der Erörterungen wird vielfach Zustimmung finden, zumal die Resultate den Bedürfnissen des Lebens in weitem Umfange gerecht werden: so ausgelegt ist das Gesetz, was es sein soll, eine Waffe, „die leicht gehandhabt und kräftig angewandt werden kann". Möchten auch die Gerichte energisch von der Waffe Gebrauch machen; Sentimentalität oder Engherzigkeit, die anscheinend manche Entscheidung ungünstig beeinflußt haben, sind in der Rechtsprechung überhaupt nicht und namentlich nicht im Kampfe mit unlauteren Elementen angezeigt!

Im einzelnen sind besonders die eingehende Erörterung des § 1 (S. 15—64) und hier wiederum namentlich die Untersuchung über die Folgen der Verletzung des § 1 nach Rechtsnatur, Parteirollen, Voraussetzung und Wirkung, sowie die umfassenden Ausführungen zu § 8 des Gesetzes hervorzuheben. Der S. 31 verteidigte wichtige Satz: § 1 des Gesetzes trifft auch dann zu, wenn das falsche Angaben enthaltende Angebot in Wirklichkeit für das Publikum so günstig ist, wie es angepriesen wird, rechtfertigt sich am besten aus dem Zwecke des Gesetzes, welches in erster Linie nicht sowohl das Publikum, als vielmehr das ehrliche Gewerbe gegen unlautere Unternehmungen schützen will.

Nur in wenigen Punkten, von denen ich nachstehend einige herausgreife, vermag ich Pinner nicht zu folgen: das S. 33 Nr. 1 a. E. gegebene Beispiel mit dem Lotteriegewinn ist unzutreffend, weil es im gegebenen Falle lediglich darauf ankommt, ob der Anzeigende die Waren gegen bar mit hohem Rabatt bezieht oder nicht; ob er die Barzahlung mit Lotteriegewinnen oder sonstigen Mitteln leistet, scheint gleichgültig und daher ist die Erwähnung des Lotteriegewinns als rechtlich unerheblich ohne Bedeutung.

Voraussetzung des Anspruchs aus § 1 Abs. 1 ist ferner nicht, daß der Täter die Angaben vorsätzlich macht (S. 48 Nr. 3), es genügt vielmehr auch fahrlässige Veröffentlichung.

Bezüglich des von Pinner bestrittenen Strafantragsrechtes der Handels- und Ärztekammern (S. 51) hat sich die Praxis erfreulicherweise auf einen abweichenden Standpunkt gestellt, der sich nach Wortlaut und Absicht des Gesetzes sehr gut rechtfertigen läßt. Schließlich erscheint von den S. 101 Nr. 3 aufgestellten 2 Fällen, die nach Pinner unter § 7 des Gesetzes fallen, aber nicht nach § 6 verfolgbar sein sollen, der erste Fall, der daraus hergeleitet wird, daß § 7 den Einwand des berechtigten Interesses nicht zulasse, unrichtig. Denn wie Pinner selbst S. 99 Nr. 6 anerkennt, kann wissentliche Verbreitung der Unwahrheit sich nie als Wahrung berechtigter Interessen darstellen (s. auch § 824, 2 B.G.B.!). Da aber wissentliche Unwahrheit Tatbestandsmerkmal des § 7 ist und bei dieser der Schutz des § 6, 2 versagt, so sind insoweit auch alle nach § 7 verfolgbaren Fälle nach § 6 zu verfolgen.

Der oben ausgesprochene Wunsch nach einer energischen Rechtsprechung auf dem Gebiete des unlauteren Wettbewerbes findet lebhaften Ausdruck in der von Poeschl gebotenen Übersicht über: „Die Praxis des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes“,[11]) die im Auftrage des Bundes der Handel- und Gewerbetreibenden in Berlin hergestellt ist. Zweck der Darstellung ist, das Bedürfnis nach einer von den Gewerbetreibenden allgemein gewünschten baldigen Verschärfung des Gesetzes darzutun und hierzu brauchbares Material zu liefern. Dementsprechend werden zunächst rund 300 Urteile nebst Entscheidungsgründen einer nicht grade sanften Kritik unterzogen, der man im Resultat vielfach zustimmen muß. Der vom Verfasser mehrfach gerügte Übelstand, daß sich die Urteile zum Teil widersprechen und den Bedürfnissen des Verkehrs nicht gerecht würden, ist unvermeidlich; ihm würde auch der Vorschlag Poeschls, im § 1 des Gesetzes die Worte: „wer sich unlauteren Wettbewerbes bedient“ einzuschieben, nur geringen Abbruch tun, namentlich dann, wenn der Gesetzgeber es unterlassen sollte, zugleich objektive Kriterien für den Begriff des unlauteren Wettbewerbes aufzustellen. Denn dieser Begriff ist, wie die ihm gleich gearteten Begriffe Moral, Anstand, Ehre ein sehr flüssiger: was dem Geschäftsmann, von ihm selbst angewandt, noch rein und lauter vorkommt, erscheint ihm, von seinem Konkurrenten

[11]) Berlin, Otto Liebmann, 1903. 246 S. Preis M. 3,50.

gegen ihn unternommen, häufig unlauter. Und so wird naturgemäß auch der Richter beim Fehlen gesetzlicher Begrenzung mehr oder minder auf sein subjektives Ermessen angewiesen sein, was kaum zu einer Vereinheitlichung der Rechtsprechung führen dürfte.

Nur in einem Punkte will Poeschl das Gesetz zu Ungunsten des Gewerbestandes einschränken, nämlich vom § 6 diejenigen Behauptungen ausnehmen, die nicht zwecks eigenen Wettbewerbes des Behauptenden, sondern zur Förderung des Wettbewerbes Dritter erfolgt sind. Nach Poeschls Ansicht ist dieses allerdings schon jetzt bei „ungezwungener Auslegung" des Gesetzes dessen wahrer Wille (S. 107/108, 209); die Praxis steht aber mit Recht auf dem entgegengesetzten Standpunkte, der nicht nur dem Wortlaute des Gesetzes, sondern nach der Begründung des Entwurfes auch dem Willen des Gesetzgebers allein entspricht. Jedenfalls erscheint Poeschls Vorschlag sachlich nicht begründet, weil nicht ersichtlich ist, wieso A eines besonderen Schutzes bedarf, wenn sein Konkurrent B unrichtige Behauptungen aufstellt, nicht aber auch dann, wenn der Privatmann C die gleichen Behauptungen im Interesse des B aufstellt. Aus der Praxis ist hier z. B. auf den R.G. in Z.S. Bd. 50 S. 107 ff. entschiedenen Fall zu verweisen.

Im Anschluß an die Kritik der Gerichtsurteile erörtert Poeschl noch einige besondere Arten des unlauteren Wettbewerbes (Gutscheinsystem, Ausverkaufs-, Versteigerungs- und Lockartikelunwesen) und gibt dann in Gestalt eines vollständigen Gesetzentwurfes (der versehentlich im § 3 die alten Paragraphen der Zivilprozeßordnung aus § 3 des Gesetzes übernimmt!) unter kurz zusammenfassender Begründung eine Reihe von Abänderungsvorschlägen.

Bei einer Änderung des Gesetzes wird die Abhandlung brauchbares Material bieten.

Rietschel nimmt in seinem Aufsatze: „Das Recht am eigenen Bilde" [12]) Stellung zu der neuerdings so lebhaft erörterten Frage, in wie weit der Einzelne Schutz gegen die Aufnahme und Veröffentlichung seines Bildes genießt oder doch genießen sollte. Zunächst wird zutreffend festgestellt, daß unser geltendes Gesetzesrecht weder auf zivilrechtlichem noch strafrechtlichem Wege einen genügenden Schutz für

[12]) Prof. Siegfried Rietschel, Das Recht am eigenen Bilde. Tübingen und Leipzig, J. C. B. Mohr, 1903. 55 S. Preis M. 1,20.

das Recht am eigenen Bilde bietet (S. 1—16). Von einem gewohnheitsrechtlichen Schutze durch die Gerichtspraxis kann, wie Rietschel gegen Keyßner und Gareis betont, in keiner Weise gesprochen werden, eher vom Gegenteil. Daher wird man auch nicht mit Keyßner die Befriedigung des allgemein anerkannten Schutzbedürfnisses der Rechtsprechung überlassen können; denn woher sollte sie auf einmal zu diesem Stellungswechsel kommen? Rietschel verlangt mit Recht gesetzliche Anerkennung und Regelung des Rechts am eigenen Bilde, welches charakterisiert wird als das Recht „über das eigene Bild zu verfügen und alle anderen von der Verfügung über dieses Bild ausschließen zu können" (S. 18). Nach Rietschel ist der Bildnisträger zu schützen gegen die „Veröffentlichung" seines Bildes, während prinzipiell die „bloße Herstellung" des Bildes ohne Veröffentlichungstendenz auch gegen den Willen des Bildnisträgers erlaubt sein soll (S. 18, 39). In letzterem Punkte vermag ich Rietschel nicht zu folgen; warum soll ich mir gefallen lassen müssen, daß jemand mich in einer nicht gerade schmeichelhaften Situation photographiert und so stets das Damoklesschwert einer wenn vielleicht auch nur zufälligen Veröffentlichung des Bildes über mir schwebt? Oder warum soll eine Dame dem Lüstling, welchem es gelang, eine pikante Photographie von ihr herzustellen, gestatten müssen, sich, so oft er will, an diesem Bilde zu erfreuen? Die Ausnahme, welche Rietschel für denjenigen macht, der dem Abbildenden „gesessen" (S. 39/40), genügt nicht; Chikanen, die Rietschel bei diesem Schutze der Persönlichkeit befürchtet, treten nicht ein, wenn man mit Rietschel den Schutz nur bei Verletzung irgend eines Interesses verleiht (S. 30, 35) — ein Standpunkt, der sich von den sonst aufgestellten positiven Ausnahmen, in denen der Schutz zu versagen ist (S. 20 ff.), sehr vorteilhaft dadurch unterscheidet, daß er nicht zur Schablonisierung zwingt, sondern ein Anpassen an den einzelnen Fall ermöglicht.

Den Schutz gegen die Veröffentlichung des Bildes sucht Rietschel durch Anlehnung an den Schutz analoger Interessen im geltenden Rechte von der Frage aus: Warum wünsche ich nicht, daß mein Bild von anderen reproduziert wird? zu umgrenzen (S. 25 ff.). Rietschels Resultat ist: Ich kann einmal verlangen, daß mein Bild als Identitätsmerkmal nur zur Bezeichnung meiner Person, nicht auch anderer Personen oder eines beliebigen Menschentypus verwendet wird

(S. 26); ich kann aber auch weiter verlangen, daß mein Bild selbst als Abbild *meiner* Person nicht ohne meinen Willen veröffentlicht wird (S. 27, 32). Den Schutz, welchen das Bild als „Identitätsmerkmal" erheischt, entnimmt *Rietschel* dem Schutze, welchen ein anderes Identitätsmerkmal, der Name, im § 12 B.G.B. gefunden hat (S. 28): Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung, eventuell auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen. Bezüglich einer Veröffentlichung des Bildes als Abbild meiner Person gibt *Rietschel* die gleichen Schutzmittel (S. 35), will den Schutz selbst aber nur auf mechanisch hergestellte, also namentliche photographische Abbildungen, nicht auch künstlerische Abbildungen erstrecken (S. 32, 35) — m. E. unzutreffend: Die verschiedene Behandlung mechanischer und künstlicher Nachbildungen in unseren Urhebergesetzen beweist nichts, da dort das Schutzbedürfnis, wie *Rietschel* selbst anerkennt, auf ganz anderem Gebiete liegt; für das Gefühl des Abgebildeten aber, der gegen Indiskretion geschützt werden soll, wird es einerlei sein, ob die Indiskretion durch die Herstellung einer Photographie oder eines Ölgemäldes erfolgt.

Einen weitergehenden, im Einzelfalle festzustellenden Schutz gibt *Rietschel* in Rücksicht auf das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Bildner und Abgebildetem demjenigen, welcher dem Bildner „gesessen hat" (S. 36, 39).

Den Schluß der Abhandlung bildet eine eingehende Kritik des Schutzes, welchen das Recht am eigenen Bilde in dem Entwurf des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Photographie gefunden hat (S. 40 ff.).

Von *Stengleins* allgemein als hoch bedeutsam anerkanntem Werk: „Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Rechts," liegen zwei Sonderausgaben, welche die Bedürfnisse bestimmter Interessentenkreise zu befriedigen bestimmt sind, in neuer Auflage vor; die in den Sonderausgaben zusammengestellten Gesetze betreffen die Rechtsverhältnisse der Verkehrsanstalten und den Schutz des geistigen wie gewerblichen Eigentums.[13])

---

[13]) Reichsgerichtsrat Dr. M. *Stenglein*, Die Post-, Bahn- und Telegraphengesetzgebung des Deutschen Reiches. 2. Aufl., 66 S., Preis M. 2,50. Die Reichsgesetze zum Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums. 3. Aufl., 224 S. Preis M. 5,40. Berlin, Otto Liebmann, 1902.

In der ersten Ausgabe sind enthalten das Reichspostgesetz, Reichskabelgesetz, Reichstelegraphengesetz, Betriebsordnung der Haupteisenbahnen, Bahnordnung der Nebeneisenbahnen, Telegraphenwegegesetz und Verordnung über das Telegraphenwesen im Kiautschaugebiete.

Wiewohl die Bedürfnisse der Interessentenkreise in der Sonderausgabe auch eine Erläuterung der zivilrechtlichen Vorschriften erheischt hätte und man nach dem Satze der Vorrede: „Das Telegraphenwegegesetz ist allerdings im Hauptwerke nicht enthalten, weil es keinen strafrechtlichen Inhalt hat, in einer Schrift über die Verkehrsanstalten durfte es aber nicht fehlen" diese auch hätte erwarten können, beschränkt sich die Kommentierung im wesentlichen auf die strafrechtlich bedeutsamen Vorschriften. Auffällt, daß einzelne Ausführungsverordnungen noch nach der alten Fassung zitiert sind, so z. B. S. 39 die Telegraphenordnung vom 15. Juni 1891 statt vom 9. Juni 1897 mit Zusatz vom 18. August 1901, S. 33 die Postordnung vom 11. Juni 1892 statt der vom 20. März 1900 mit mehreren Zusätzen.

Die andere Sonderausgabe umfaßt die Reichsgesetze über: das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, den Schutz der Photographien, den Geschmacksmusterschutz, die Patente, die Patentanwälte, den Gebrauchsmusterschutz, den Schutz der Warenbezeichnungen, das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst, Verlagsrecht und unlauteren Wettbewerb. Wenngleich auch hier die Erläuterung in strafrechtlichem Interesse erfolgte, so kommt sie dennoch dem Zivilrecht im wesentlichen mit zu gute. Denn die technischen Begriffe in den behandelten Gesetzen, die Voraussetzungen zur Erlangung des Rechtsschutzes, sein Umfang, Dauer usw. sind für Zivil- und Strafrecht gleich. Rein zivilrechtliche Vorschriften der Gesetze sind allerdings dem Zwecke der Arbeit entsprechend nur kurz gestreift; eine Ausnahme macht das Verlagsgesetz, welches an sich nur zivilrechtliche Bestimmungen enthält, aber trotzdem wegen seiner innigen Beziehungen zu dem Urheberrecht miterläutert wurde.

Die Erklärungen der einzelnen Paragraphen sind klar, scharf, zuverlässig und erschöpfend, dabei aber trotzdem von wohltuender Kürze; in einigen Zeilen bieten sie oft mehr, als sonst seitenlange Ausführungen. Und wenn auch Stengleins Ausgabe die eingehenderen Spezialkommentare zu den einzelnen Gesetzen nicht überall, namentlich nicht auf zivilrechtlichem Gebiete, ersetzen kann, so wird man doch stets

seinen Ausführungen reiche Anregung und Belehrung, häufig sogar den richtigen Weg zur Entscheidung verdanken. Einige Punkte sind besonders eingehend behandelt, so z. B. der Erfindungsbegriff bei Patenten (S. 46), die rechtliche Bedeutung der Patentrolle für Entstehen usw. der Rechte (S. 73 ff.), die §§ 1 des Urhebergesetzes von 1901 (S. 131) und des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb (S. 195). Die Behauptung in der Vorbemerkung zum Verlagsgesetz, daß die landesgesetzlichen Bestimmungen über das Verlagsrecht durch das Bürgerliche Gesetzbuch aufgehoben seien (S. 163), widerspricht direkt dem Artikel 76 E.Ges. B.G.B.

Durch vollständige Angabe der Materialien und der allgemeinen Literatur zu jedem einzelnen Gesetze wird die wissenschaftliche Benutzung, durch Beigabe eines Wortverzeichnisses die praktische Handhabung wesentlich gefördert.

Auf dem Gebiete des Versicherungsrechts hat das Bürgerliche Gesetzbuch im wesentlichen nur die Haftung der Versicherungsforderung für die das Grundstück belastenden Hypotheken geregelt (§§ 1127 bis 1130). Den sich hieraus ergebenden Rechtsverhältnissen widmet Girth[14]) eine besondere Untersuchung und knüpft daran praktische Vorschläge für die Versicherer; im Anhange werden die sich auf jene Frage beziehenden Bestimmungen der Ausführungsgesetze in den einzelnen Staaten nachgewiesen. Im ganzen bietet die Darstellung, welche dem praktischen Verkehr dienen soll und daher allgemeinverständlich gehalten ist, ein zutreffendes Bild der Sachlage, indessen geben die nicht allzu tief eindringenden Rechtsausführungen zu manchen Ausstellungen Anlaß: S. 16 Anm. 1 wird angenommen, der Ausdruck „Gegenstände“ umfasse nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht auch „Rechte“, während das Gegenteil der Fall ist; S. 33 wird die Anzeige des Versicherers aus § 1128 irrig als einseitige „Willenserklärung“ bezeichnet, was allerdings für die Anwendbarkeit der §§ 130 ff. auf sie ohne Einfluß ist; die S. 34/35 erwähnte Gebühr für Einsichtnahme des Grundbuchs besteht jedenfalls nicht überall, so nicht in Preußen (Preuß. G.K.G. vom 6. Oktober 1899 § 66 Nr. 4); die

[14]) Justitiar C. Girth, Die Rechte des Hypothekengläubigers an der Forderung gegen den Versicherer. S. A. aus den Annalen des gesamten Versicherungswesens. Leipzig, Jüstel & Göttel, 1903. 117 S. Preis M. 2,50.

S. 46 bezweifelte Zulässigkeit einer Pfändung der Versicherungsforderung vor Eintritt des Schadens ist anzuerkennen, da die Forderung als bedingte bereits besteht, wie denn auch § 891 Satz 1 H.G.B. die Abtretung der künftigen Entschädigungsansprüche gestattet; die S. 48 für den Versicherer vermißte Möglichkeit, beim Zusammentreffen mehrerer Vertragspfandrechte an der Versicherungsforderung hinterlegen zu können, wird sich häufig aus dem § 372 Satz 2 B.G.B. ergeben. Unbegreiflich erscheint der S. 67/68 aufgestellte Satz, daß, wenn der Hypothekengläubiger vom Versicherer befriedigt ist und demnächst der versicherte Gegenstand wieder hergestellt wird, nunmehr wegen § 1127, 2 das Recht des Gläubigers am Gelde aufhöre und er zu dessen Rückzahlung nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet sei!! Dieser Satz bleibt in seinem letzten Teile selbst dann falsch, wenn Girth, wie er sich auch sonst eng an Planck anschließt, hier den von Planck Nr. 3c Abs. 3 zu § 1128 behandelten Fall im Auge gehabt haben sollte; außerdem könnte dann dem Verfasser der Vorwurf einer möglichst unklaren und unjuristischen Ausdrucksweise nicht erspart bleiben.

Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung vom 3. Juni 1902 (Bd. 51 S. 403) auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs an dem Satze festgehalten: Versichert Jemand sein Leben zu Gunsten bestimmter Dritter, so fällt der Versicherungsanspruch nicht in den Nachlaß. Der Begünstigte erhält nichts aus dem Vermögen des Erblassers, sondern erwirbt den Anspruch unmittelbar auf Grund des Versicherungsvertrages, allerdings erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers. Daraus zieht dann das R.G. die bedeutsamen Konsequenzen, daß die Versicherungsforderung in solchen Fällen weder unmittelbar den Nachlaßgläubigern hafte, noch ihre Zuwendung nach Maßgabe des § 32 K.O. als unentgeltliche Verfügung angefochten werden könne, da „aus dem Vermögen des Erblassers“ nichts weggegeben sei. Dieser Standpunkt unterliegt, wenn nicht für den Dritten direkt mit Abschluß des Versicherungsvertrages ein unentziehbarer Anspruch geschaffen, der Anspruch vielmehr erst, wie im Zweifel nach § 331 B.G.B. anzunehmen und im gegebenen Beispiel der Fall ist, mit dem Tode des Versicherungsnehmers unentziehbar wird, sehr erheblichen Bedenken. Sie sind von Brecher[15]) in einer vor jenem Erkenntnis erschienenen

[15]) Hof- und Gerichtsadvokat Dr. Bernhard Brecher, Die Interessen-

Abhandlung unter eingehender Berücksichtigung namentlich der österreichischen und deutschen Theorie wie Praxis klar und zutreffend nochmals im Zusammenhange dargelegt. Namentlich wird mit Recht betont, der „unmittelbare Erwerb“ im Sinne der §§ 329 ff. B.G.B. setze keineswegs voraus, daß der dem Dritten zugewandte Anspruch sich vorher nicht schon im Vermögen des Zuwendenden befunden habe (S. 14 ff.). Der Versicherungsanspruch gehe zwar im Augenblicke des Todes des Versicherungsnehmers unmittelbar, d. h. ohne Vermittlung durch den Erben, auf den Begünstigten über — er gehört demnach nicht zum Nachlasse —, aber trotzdem handele es sich um ein Recht, welches bis dahin im Vermögen des Erblassers gestanden habe: denn dieser könne bis zu seinem Tode frei über den Anspruch verfügen, (Dritten abtreten und verpfänden) und das in ihm enthaltene Recht auf Auszahlung der Prämienreserve für sich geltend machen; ebenso könne der Anspruch zu Lebzeiten des Versicherungsnehmers gepfändet werden und falle zur Konkursmasse (S. 4 ff.). Hiernach ist allerdings anzuerkennen, daß der Anspruch bis zu seinem definitiven Ausscheiden, d. h. hier Eintritt des Erbfalles, zum Vermögen des Erblassers gehört und daher sein Übergang an den Begünstigten auch nach Maßgabe der §§ 30 ff. K.O. angefochten werden kann.

Im zweiten Teile der Abhandlung sucht Brecher dann die Interessenkollisionen, welche zwischen dem Begünstigten und den sogenannten Nachlaßinteressenten (Pflichtteils- und Ausgleichungsberechtigten, Gläubigern des Erblassers, Ansprüchen von Staat und Fonds auf Gebühren) hinsichtlich der Versicherungssumme bestehen, zu lösen; die Ausführungen sind beachtenswert, aber wohl etwas kühn.

Eine umfassende, sich durch flüssige Form auszeichnende Darstellung der Aufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen bietet Moldenhauer.[16]) Rechtsfragen sollen hier weniger gelöst werden, sondern Moldenhauer will an Hand des Gesetzes, der Ausführungsverordnungen und bisherigen Praxis in die Einzelheiten des Geschäfts-

---

konflikte bezüglich der Lebensversicherungssumme. Wien, Manzsche Verlagsbuchhandlung, 1902. 55 S. Preis M. 1.

[16]) Privatdozent Dr. Paul Moldenhauer, Die Aufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen auf Grund des Reichsgesetzes vom 12. Mai 1901. Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1903. 166 S. Preis M. 4,60.

betriebes einführen, um so ein Bild von den Aufgaben der Aufsichtsbehörden nach dem Reichsgesetze vom 12. Mai 1901 zu geben.

Nach einer historischen Übersicht über den früheren Rechtszustand hinsichtlich der Staatsaufsicht und die Entstehung des Gesetzes werden im ersten Teile die Zusammensetzung der einzelnen in Betracht kommenden Organe und die Formen ihrer Tätigkeit geschildert. Der zweite Teil befaßt sich dann mit der Aufsichtstätigkeit speziell, wobei zunächst die staatliche Aufsicht an sich mit Recht für notwendig erklärt wird; m. A. nach läßt sich über die Notwendigkeit einer straffen Staatsaufsicht im allgemeinen kaum noch streiten, sondern nur über Umfang und Art derselben. Im weiteren Verlauf werden dann die Zulassung zum Geschäftsbetrieb (Voraussetzung, Verfahren, Wirkung) und die Beaufsichtigung im engeren Sinne (allgemeine Grundsätze, Prämienwesen bei den Lebensversicherungen, Untersagung des Geschäftsbetriebes, Konkurs- und Sanierungsverfahren) des näheren dargelegt.

Moldenhauers Abhandlung kann als eine gute Darstellung der in Betracht kommenden Verhältnisse bestens empfohlen werden und füllt insoweit eine Lücke in der bisherigen Literatur aus. Eine dem Zivilrecht angehörende Ausführung darf nicht ohne Wiederspruch bleiben. Die S. 60 vertretene Ansicht: Verletzung eines Schutzgesetzes mache nach § 823, 2 B.G.B. nur dann schadensersatzpflichtig, wenn es sich hierbei um die Verletzung eines im Abs. 1 des Paragraphen genannten Rechtes handele, ist unzutreffend. So wird z. B. die Ehre in Abs. 1 nicht erwähnt und trotzdem macht die Verletzung der §§ 185 ff. St.G.B. schadensersatzpflichtig (s. R.G. in Z.S. Bd. 51 S. 372 ff.). Trotzdem ist aber Moldenhauers Standpunkt, daß die Beamten des Aufsichtsamtes zivilrechtlich nicht den einzelnen Versicherten für Schäden haften, die auf ein Versehen bei der Aufsichtsführung zurückzuführen sind, im Resultate richtig. Denn von der wohl zu verneinenden Frage abgesehen, ob die Aufsichtsvorschriften überhaupt ein Schutzgesetz im Sinne des 823, 2 B.G.B. sind, (das Gesetz ist nicht sowohl die Interessen des Einzelnen als vielmehr die der Gesamtheit als solcher zu schützen bestimmt und kommt daher sein Schutz den einzelnen Versicherten nur mittelbar zu gute), muß § 823, 2 um deswillen ganz außer Anwendung bleiben, da es sich lediglich um die Haftung eines Beamten aus Verletzung seiner öffentlichen Dienstpflicht handelt[17])

[17]) Als Privatmann konnte er die Verletzung nicht vornehmen.

und diese sich ausschließlich nach § 839 B.G.B. bestimmt. Die ordnungsmäßige Aufsicht stellt sich aber nicht als eine „jedem Versicherten gegenüber obliegende Amtspflicht" dar, sondern besteht nur gegenüber dem Staate (so Moldenhauer selbst S. 121 No. 1).

Kurz vor Abschluß des Manuskripts dieser Übersicht ging noch eine der bedeutsamsten Erscheinungen auf dem Gebiete der handelsrechtlichen Literatur ein, nämlich Rehms[18]) umfassendes Werk über das Bilanzrecht.

Eine eingehende Besprechung gestattet weder die Kürze der Zeit, welche mir für dieses Werk zu Gebote stand,[19]) noch der Zweck dieser Literaturübersicht; das Buch gehört zu denjenigen, die eine gerechte Würdigung nur im Rahmen einer breit angelegten Einzelbesprechung finden können.

Das Recht hat sich, wie Rehm selbst das systematische Ergebnis der Arbeit darstellt, mit der Regelung von Bilanzen kaufmännischer Unternehmungen nicht sowohl im Interesse des Unternehmensinhabers, als vielmehr dem Dritter befaßt, nämlich im Interesse 1. der Gläubiger und Gesellschafter desselben, 2. des Staates, der als Steuerinteressent oder als Beschützer und Förderer der Volkswohlfahrt (z. B. bei Versicherungsunternehmungen, Hypotheken- und Notenbanken) in Frage kommt. Daher kann man Bilanz-Privat- oder Handelsrecht auf der einen, öffentliches Bilanzrecht (und dieses wieder in Bilanzsteuerrecht und Bilanzverwaltungsrecht zerfallend) auf der anderen Seite unterscheiden. Dahinter tritt überall dann noch in zweiter Linie das Bilanzstrafrecht, welches sich mit strafrechtlichen Verstößen gegen das Bilanzrecht beschäftigt.

In einem allgemeinen Teile untersucht Rehm nun zunächst Arten und rechtliche Natur der Bilanzen von Aktien- und sonstigen handels-

---

[18]) Prof. Dr. H. Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, der Gesellschaften m. b. H., Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetragenen Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Hypotheken- und Notenbanken und Handelsgesellschaften überhaupt nach deutschem und österreichischem Handels-, Steuer-, Verwaltungs- und Strafrecht. München, J. Schweitzer, 1903. 938 S. Preis M. 27.

[19]) Es erschien indessen in Rücksicht auf die Bedeutung des Werkes ausgeschlossen, seine Anzeige bis zum nächsten Hefte der Zeitschrift zu verschieben.

rechtlichen Gesellschaften und stellt dann die Unterschiede fest, welche das für den Einzelkaufmann geltende Bilanzrecht durch das Gesellschaftsprinzip, das Prinzip der beschränkten Mitgliederhaftung und das Aktienprinzip erfährt.

In dem besonderen Teile werden hierauf die Einzelvorschriften des Bilanzrechtes in 3 Unterabteilungen behandelt: a) das materielle Bilanzrecht, welches sich mit der Feststellung befaßt, welche (Aktiva und Passiva) Posten denn überhaupt in die Bilanz einzustellen sind oder eingestellt werden dürfen und wie sie hierbei zu bewerten.

b) Das formelle Bilanzrecht, welches das Bilanzverfahren zum Gegenstande hat und Organe, Zeit wie äußeren Gang der Bilanzaufstellung schildert.

c) Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit für Bilanzrechtsverletzungen.

Anhangsweise wird ein Beispiel des Rechnungsabschlusses einer Aktiengesellschaft nebst Auflösung zum Übertrag auf Eingangsbilanz des nächsten Jahres gegeben.

Wie wenig diese großen Umrisse auch nur annähernd den reichen Inhalt des Buches im einzelnen erkennen lassen, ergibt schlagend das Paragraphenverzeichnis zu den 918 ziemlich eng gedruckten, durch Abkürzungen häufig wiederkehrender Worte möglichst intensiv ausgenutzten Seiten, welches selbst fast 10 Seiten mit 208 Paragraphen ausfüllt. Alle auftauchenden Fragen sind in rechtlicher, wirtschaftlicher wie buchführungstechnischer (s. hier z. B. die Darstellung der Prinzipien der doppelten Buchführung S. 138ff.) Richtung eingehend unter Anführung erläuternder Beispiele erörtert; mit Bewunderung sieht man, daß die immerhin nicht sehr zahlreichen Rechtsvorschriften über Bilanzen bei einer genauen und allseitigen Betrachtung, der sie Rehm unterwirft, von so umfassender Tragweite sind. Nirgends findet sich in den Untersuchungen ein überflüssiges Wort; in möglichster Kürze werden die Ansichten entwickelt und begründet, ohne daß die anerkannte „Rehmsche Gründlichkeit und Genauigkeit" hierdurch irgend welche Einbuße erlitte. Allerdings liest sich das Werk nicht z. B. gleich Sohms Institutionen wie ein Roman, sondern stellt an seinen Leser, zumal wenn er der praktischen Bilanz- und Buchführungstechnik fernsteht, nicht geringe

Anforderungen. Wer sich aber in die Ausführungen vertieft, wird die auf das Werk verwandte Zeit und Arbeit glänzend belohnt finden; für sämtliche Handelsunternehmungen größeren Stils ist es unentbehrlich. Zu Einzelfragen möchte ich aus den eingangs erwähnten Gründen hier keine Stellung nehmen.

Register zum 23. Bande.

I. Verweisungen auf Reichsgesetze.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Handelsgesetzbuch.

II. Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bedeuten Seiten.

III. Verzeichnis der besprochenen Literatur.

Die Zahlen bedeuten Seiten.

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

P. Ring,
Kammergerichtsrat in Berlin.

Dr. P. Oertmann,
ord. Professor an der Universität Erlangen.

Band 23 Heft 1.
September 1903.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1903.

Das Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Professor Dr. Kohler, Kammergerichtsrat Ring und Professor Dr. Oertmann, erscheint in Bänden von 2 bis 3 Heften. Preis des Bandes M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.

Inhalt des vorliegenden Heftes.

Register zum 23. Band.

Voraussichtlicher Inhalt der nächsten Hefte.

Broicher, Die Rechtsstellung des Vorstandes eines eingetragenen Vereins.
Martinius, Eventualaufrechnung.
Martinius, Zur Lehre von der Behauptungs- und Beweislast.
Nußbaum, Die Damnohypothek.
Quaatz, Der Konkurs in das Vermögen einer im gesetzlichen Güterstande des B.G.B. lebenden Ehefrau.
Rundstein, Die Konkurrenzverbote in den Kartellverträgen.
Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des B.G.B. ein Rechtsgeschäft?
Wallroth, Das Verbot der Aufrechnung gegen Lohnforderungen.
Zimmer, Das eigenhändige Testament nach dem B.G.B.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.





